

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE RECOGIDA DE RESIDUOS URBANOS TRAS LA NUEVA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE. EL CASO DE LA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA DE RECOGIDA SELECTIVA

JOSEP LÓPEZ DE LERMA I LÓPEZ
Abogado y Socio de Roca Junyent (Girona)

SILVIA SUBIRANA I DE LA CRUZ
Licenciada en Derecho y Diplomada en Gestión y Administración Pública. Abogado de Roca Junyent (Girona)

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Extracto:

CONSTITUYE el objeto del presente estudio el análisis del régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales y, en concreto, las de contratos de gestión de servicios públicos de recogida y transporte de residuos.

En el mismo se analiza, de forma práctica y didáctica a través de la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia de nuestros tribunales, cuál es el régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales, así como los límites que imperan sobre las mismas.

A tal efecto, se expone cuál es la normativa en materia contractual que deberá tenerse en cuenta para llevar a cabo una modificación en contratos de gestión de servicios públicos, así como la normativa aplicable en materia de residuos a las que aluden la mayoría de expedientes de modificación contractual para justificar la ampliación/modificación de los servicios inicialmente contratados, entre otras cuestiones, para incorporar sistemas de recogida selectiva e, incluso, neumática.

Posteriormente, el estudio se adentra en el régimen jurídico y los requisitos que deben concurrir para que las modificaciones contractuales proyectadas sean jurídicamente viables, haciéndose especial hincapié en los cambios que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha introducido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y que han sido recogidos por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público con el propósito de reducir el amplio margen de discrecionalidad del que, hasta ahora, venían aprovechándose las Administraciones públicas para ampliar consecutivamente el objeto de los contratos adjudicados configurando, en realidad, contratos totalmente distintos a los originarios.

De este modo, se analiza de forma independiente el régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LES del que debe aplicarse a las modificaciones iniciadas con posterioridad a dicha fecha, para facilitar al lector, de forma ilustrativa, la comparación entre ambos regímenes jurídicos y, especialmente, la identificación de los cambios introducidos por dicha norma.

Palabras clave: contrato de gestión de servicio público, modificación, recogida de residuos, Ley de Economía Sostenible.

THE MODIFICATION OF CONTRACTS OF SERVICE OF URBAN WASTE COLLECTION AFTER THE NEW LAW ON SUSTAINABLE ECONOMY. THE CASE OF THE INTRODUCTION OF SEPARATE COLLECTION MODEL

JOSEP LÓPEZ DE LERMA I LÓPEZ
Abogado y Socio de Roca Junyent (Girona)

SILVIA SUBIRANA I DE LA CRUZ
Licenciada en Derecho y Diplomada en Gestión y Administración Pública. Abogado de Roca Junyent (Girona)

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Abstract:

THE object of the present study it is the analysis of the legal regime applicable to contractual changes, specifically in the scope of management contracts of public waste collection.

In this study we analyze, through a practical and teaching mode, the doctrine of the advisory bodies and the jurisprudence of our courts, what is the legal regime applicable to contract modifications, and the limits that prevail on them.

For this purpose, we expose what are the law applicable to carry out a change in management contracts for public services. By other hand we also talk about the applicable regulations on waste alluding to most records contract modification in order to justify the extension or modification of the services originally contracted.

Subsequently, the study delves into the legal system and the requirements to be met for carry out legally viable contract modifications, with particular focus on changes that Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), has introduced on the Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, and these have been collected by the Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público in order to reduce the wide margin of discretion.

By this way, it is compared and analyzed the legal regime applicable to contractual modifications initiated before to the starting of the LES with the regime applicable after that date, in order to facilitate the reader the comparison between the legal systems and especially the identification of the changes introduced by this law.

Keywords: public service, management contract, modify, waste collection, Sustainable Economy Law (LES).

Sumario

1. Introducción.
2. Marco legal aplicable.
 - 2.1. Normativa aplicable a las modificaciones contractuales.
 - 2.2. Normativa aplicable en materia de residuos.
3. Las modificaciones contractuales iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible.
 - 3.1. Normativa aplicable.
 - 3.2. Análisis de los requisitos que debían concurrir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Economía Sostenible, para que la modificación contractual fuera jurídicamente viable.
 - 3.2.1. Existencia de causas imprevistas que, por motivos de interés público, justificaran la modificación.
 - 3.2.2. El mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.
 - 3.2.3. El mantenimiento de las condiciones esenciales del contrato.
 - 3.2.4. El respeto a las normas y al procedimiento legalmente establecido: emisión de dictamen por el Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma.
4. Las modificaciones contractuales iniciadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Economía Sostenible.
 - 4.1. Principales modificaciones introducidas en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley Economía Sostenible y recogidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de modificaciones contractuales.
 - 4.2. Normativa aplicable y requisitos que han de concurrir de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para que la modificación de un contrato sea jurídicamente viable.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.
 - 6.1. Normativa.
 - 6.2. Jurisprudencia y dictámenes emitidos por órganos consultivos.
 - 6.3. Doctrina.

1. INTRODUCCIÓN

Constituye el objeto del presente estudio el análisis del régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales y, en concreto, las de contratos de gestión de servicios públicos de recogida y transporte de residuos.

La motivación de este trabajo trae causa en las reiteradas modificaciones que sufren, en ocasiones, los contratos del sector público tras la fecha de su formalización, consistiendo, en su mayoría, ampliaciones de parte del servicio (algunas previsibles y otras no) y, consecuentemente, en un incremento del precio del contrato.

Entre las modificaciones más habituales de este tipo de contratos se encuentran las derivadas de la necesidad de adaptar la prestación del servicio de recogida de residuos a las nuevas exigencias normativas y, especialmente, la relativa a la implantación de sistema de recogida selectiva, la cual, como es conocido, proviene de directrices europeas de obligado acatamiento por los Estados miembros.

Por dicho motivo, el presente estudio pretende analizar, de una forma práctica y didáctica basada en la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia de nuestros tribunales, cuál es el régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales, así como los límites que imperan sobre las mismas.

A tal efecto, se expone, en primer lugar, cuál es la normativa en materia contractual que deberá tenerse en cuenta para llevar a cabo una modificación en este tipo de contratos, así como la normativa aplicable en materia de residuos a las que aluden la mayoría de expedientes de modificación contractual para justificar la ampliación/modificación de los servicios inicialmente contratados.

Una vez analizada sucintamente dicha normativa, el estudio se adentra en el régimen jurídico y los requisitos que deben concurrir para que las modificaciones contractuales proyectadas sean jurídicamente viables.

Es en este punto en el que los autores hacen especial hincapié en los cambios que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES) introdujo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), los cuales, a su vez, han sido recogidos en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). Concretamente, se analiza

la nueva regulación del régimen de las modificaciones contractuales prevista en el TRLCSP con el propósito de reducir el amplio margen de discrecionalidad del que, hasta ahora, venían aprovechándose las Administraciones públicas para ampliar consecutivamente el objeto de los contratos adjudicados configurando, en realidad, contratos totalmente distintos a los originarios.

De este modo, se expone de forma independiente el régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LES del que debe aplicarse a las modificaciones iniciadas con posterioridad a dicha fecha y, en concreto, de conformidad con lo previsto en el TRLCSP.

Así pues, el lector podrá analizar, comparativamente, la magnitud de los cambios introducidos por la LES y, especialmente, cómo estos inciden en la definición de conceptos jurídicos indeterminados existentes en la anterior redacción de la LCSP con el objetivo de acotar las potestades de las Administraciones públicas y delimitar los supuestos en los que es procedente iniciar un expediente de modificación contractual de aquellos en los que, dados los cambios que se pretenden introducir, deviene indispensable iniciar una nueva licitación.

2. MARCO LEGAL

2.1. Normativa aplicable a las modificaciones contractuales

De conformidad con reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales y la doctrina emanada de múltiples dictámenes emitidos por los órganos consultivos que tienen competencia para pronunciarse sobre la materia (Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Consejo de Estado y Comisiones Jurídicas Asesoras), a las modificaciones contractuales les resulta de aplicación la normativa vigente en el momento de iniciarse el correspondiente expediente de modificación contractual.

Con respecto a la fecha que debe tenerse en cuenta para determinar la normativa aplicable a dichos expedientes se han pronunciado, en múltiples ocasiones, el Consejo de Estado y los órganos consultivos de las respectivas comunidades autónomas con motivo de la emisión de dictámenes preceptivos y no vinculantes en el seno de expedientes de modificaciones contractuales.

Puede citarse, en este sentido, el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña núm. 482/2004, de 9 de diciembre, en el que, haciendo referencia a la doctrina del Consejo de Estado, concluyó que:

«(...) segons doctrina reiterada del Consell d'Estat (dictàmens 3475/1996, 4709/1998, 3437/1999, 527/2000, 1077/2002, 1598/2002, 8/2003, 142/2003, 2382/2003, 2383/2003 i 3357/2003) i d'aquesta Comissió Jurídica Assessora (dictàmens 32/96, 237/96, 349/96, 309/01, 305/02, 44/02 i 45/02), el

procediment de modificació és independent del procediment de contractació, la qual cosa determina que la modificació s'ha de regir per la legislació vigent en el moment de la incoació de l'expedient de modificació».

Por tanto, procede analizar, a continuación, cuál es el régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales iniciadas con anterioridad a la modificación de la LCSP operada por la LES, así como el régimen jurídico aplicable a las modificaciones que se inicien en la actualidad, apreciándose que, de acuerdo con lo expuesto, deberán aplicarse los preceptos del TRLCSP (el cual incorpora las modificaciones introducidas por la LES), por ser esta la normativa vigente en el momento de iniciarse el correspondiente expediente de modificación.

2.2. Normativa aplicable en materia de residuos

Sin perjuicio de cuanto ha sido expuesto en los apartados precedentes en relación a la normativa aplicable en materia contractual y al régimen jurídico aplicable a las modificaciones de los contratos, tanto con anterioridad como con posterioridad a la entrada en vigor de la LES, es conveniente exponer sucintamente cuál ha sido la evolución de la normativa aplicable en materia de residuos y, en concreto, la relativa a la obligación de los entes locales de implantar el sistema de recogida selectiva.

La obligación de recoger y tratar los desechos y los residuos sólidos urbanos proviene de la normativa preconstitucional y, en concreto, de la Ley «Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos» (en adelante, Ley 42/1975). Dicha norma tenía por objeto:

«Establecer el régimen jurídico para la ordenación y vigilancia de la recogida y tratamiento de los desechos y residuos sólidos urbanos en orden a la protección debida del medio ambiente y el subsuelo, fomentando el aprovechamiento de los mismos mediante la adecuada recuperación de los recursos en ellos contenidos.»

El referido objeto normativo se encuentra más detallado en el artículo 2.1 de la Ley 42/1975, el cual establece literalmente lo siguiente:

«Uno. Quedan dentro del ámbito de aplicación de esta ley los desechos y residuos sólidos producidos como consecuencia de las siguientes actividades y situaciones:

- a) Domiciliarias.
- b) Comerciales y de servicios.
- c) Sanitarias en hospitales, clínicas y ambulatorios.
- d) Limpieza viaria, zonas verdes y recreativas.

- e) Abandono de animales muertos, muebles, enseres y vehículos.
- f) Industriales, agrícolas de construcción y obras menores de reparación domiciliarias, con las limitaciones a que se refiere el artículo tercero.
- g) En general, todos aquellos residuos cuya recogida, transporte y almacenamiento o eliminación corresponda a los ayuntamientos de acuerdo con lo establecido expresamente en la Ley de Régimen Local y demás disposiciones vigentes».

Como se analizará a continuación, dicho precepto, por su similitud con varios preceptos de la normativa vigente, se constituye como el antecesor de las actuales obligaciones en dicha materia, si bien nada se indica en relación a la obligación de recogida selectiva de dichos residuos, con el objetivo de adaptar el ordenamiento jurídico español a las disposiciones normativas europeas.

En concreto, en el año 1986, como consecuencia de la integración de España a las Comunidades Europeas y la consecuente recepción del Derecho comunitario, devino necesaria la adaptación del Derecho interno español, dictando el Real Decreto Legislativo 1163/1986, de 13 de julio, por el que se modificó la Ley 42/1975 y se dictó la correspondiente transposición de la Directiva 75/442/CEE, de 15 de julio de 1975 que, con carácter general, regulaba la gestión de los residuos.

Fruto de dicha transposición, el artículo 1.1 de la Ley 42/1975 incorporó el concepto de gestión de residuos, entendiéndose por este:

«El conjunto de actividades encaminadas a dar a los mismos el destino más adecuado y de acuerdo con sus características, para la protección de la salud humana, los recursos naturales y el medio ambiente. Comprende:

- a) Las operaciones de recogida, almacenamiento, transportes, tratamiento y eliminación.
- b) Las operaciones de transformación necesarias para su reutilización, su recuperación o su reciclaje».

Asimismo, el artículo 11.6 de la misma ley pasó a disponer que:

«Los ayuntamientos y las empresas autorizadas para la gestión de residuos enviarán a la Administración central, a través de las comunidades autónomas, con periodicidad anual y en la forma que reglamentariamente se determine, información sobre la producción y gestión de los residuos en dicho periodo y, en especial, sobre las condiciones de su tratamiento y eliminación.»

Posteriormente, la Ley 11/1997, de 14 de abril, por la que se regulan los envases y los residuos de envases (en adelante, Ley 11/1997) transpuso al ordenamiento jurídico estatal la Directiva 94/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, relativa a los envases y residuos de envases, la cual establecía unos objetivos de reciclaje y valorización a cumplir por parte de todos los Esta-

dos miembros en el plazo de cinco años a partir de la incorporación de dicha norma al Derecho interno, imponiendo a aquellos la obligación de establecer medidas, abiertas a la participación de todos los sectores sociales y económicos afectados, de devolución, recogida y recuperación de residuos de envases y envases utilizados, para dirigirlos a las alternativas de gestión más adecuadas.

En la referida Ley 11/1997 y, en concreto, a su artículo 5, se fijaron los objetivos de reducción, reciclaje y valoración de los envases y de los residuos de envases, estableciendo literalmente:

- «a) Desde la entrada en vigor de este real decreto y sin perjuicio de lo establecido en los apartados b) y c), se reciclará entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 45 por 100 en peso de la totalidad de los materiales de envasado contenidos en los residuos, con un mínimo del 15 por 100 en peso para cada material de envasado.
- b) Antes del 31 de diciembre de 2008, y en años sucesivos, se reciclará entre un mínimo del 55 por 100 y un máximo del 80 por 100 en peso de los residuos de envases.
- c) Antes del 31 de diciembre de 2008, y en años sucesivos, se alcanzarán los siguientes objetivos mínimos de reciclado de los materiales contenidos en los residuos de envases:
 - 1.º El 60 por 100 en peso del vidrio.
 - 2.º El 60 por 100 en peso del papel y cartón.
 - 3.º El 50 por 100 en peso de los metales.
 - 4.º El 22,5 por 100 en peso de los plásticos, contando exclusivamente el material que se vuelva a transformar en plástico.
 - 5.º El 15 por 100 en peso de la madera.
- d) Desde la entrada en vigor de este real decreto y sin perjuicio de lo establecido en el apartado e), se valorizará o incinerará en instalaciones de residuos con recuperación de energía entre un mínimo del 50 por 100 y un máximo del 65 por 100 en peso de los residuos de envases.
- e) Antes del 31 de diciembre de 2008, y en años sucesivos, se valorizará o incinerará en instalaciones de incineración de residuos con recuperación de energía un mínimo del 60 por 100 en peso de los residuos de envases».

No obstante lo anterior, no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos ¹ (en adelante, Ley 10/1998), mediante la cual se llevó a cabo la transposición de la Directiva 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1975, que se reguló la forma en la que debe llevarse a cabo la recogida de residuos urbanos por las entidades locales, atribuyéndose, de forma genérica a estas, como

¹ Mediante la Ley 10/1998 se derogó la Ley 42/1975.

servicio obligatorio, la recogida, el transporte y la eliminación de los residuos urbanos, mientras que, hasta dicha fecha, únicamente existía la obligación para municipios de más de 5.000 habitantes, a la vez que se les obligó a implantar sistemas de recogida selectiva de residuos a partir del año 2001².

En concreto, el artículo 20 de la Ley 10/1998, relativo a los residuos urbanos y servicios prestados por las entidades locales, establece literalmente que:

- «1. Los poseedores de residuos urbanos estarán obligados a entregarlos a las entidades locales, para su reciclado, valorización o eliminación, en las condiciones en que determinen las respectivas ordenanzas. Las entidades locales adquirirán la propiedad de aquellos desde dicha entrega y los poseedores quedarán exentos de responsabilidad por los daños que puedan causar tales residuos, siempre que en su entrega se hayan observado las citadas ordenanzas y demás normativa aplicable (...).
3. Los municipios con una población superior a 5.000 habitantes estarán obligados a implantar sistemas de recogida selectiva de residuos urbanos que posibiliten su reciclado y otras formas de valorización. No obstante, en materia de residuos de envases se estará a lo dispuesto en la normativa específica correspondiente.
4. Las entidades locales podrán realizar las actividades de gestión de residuos urbanos directamente o mediante cualquier forma de gestión prevista en la legislación sobre régimen local».

Por su parte, la disposición transitoria segunda de la Ley 10/1998 dispone que:

«(...) la obligación de los municipios de población superior a 5.000 habitantes de implantar sistemas de recogida selectiva, establecida en el apartado 20.3, no será exigible hasta el día 1 de enero del año 2001».

Posteriormente, la Directiva 1999/31/CE, de 26 de abril, relativa al vertido de residuos, dispuso, en su artículo 5, que los Estados miembros tenían que elaborar una estrategia nacional para reducir los residuos biodegradables destinados a depósitos controlados mediante el reciclaje, compostaje, biogásificación o valorización de materiales/energía, garantizando unos objetivos de reducción para los años 2006 (del 75%), 2009 (del 50%) y 2015 (del 35%).

² Dicho servicio no está contemplado en el artículo 26.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en virtud del cual:

«1. Los municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

- a) En todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas, y control de alimentos y bebidas.
- b) En los municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.»

Esta directiva europea fue transpuesta al Derecho interno mediante el Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, mediante el cual se obligaba al Estado español a elaborar, conjuntamente con las comunidades autónomas, un programa conjunto de actuaciones para la reducción progresiva de la cantidad de residuos biodegradables destinados a depósito, cumpliendo con los objetivos de reducción previstos en la directiva.

En atención a la normativa citada, cada comunidad autónoma ha ido adaptando progresivamente sus respectivos ordenamientos jurídicos para incorporar las obligaciones comunitarias, relativas a la reducción de residuos y su reciclaje, a la normativa europea.

3. LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES INICIADAS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

3.1. Normativa aplicable

La posibilidad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos se ha venido constituyendo como una de las prerrogativas más importantes de las que se han beneficiado las Administraciones públicas en los contratos administrativos, configurándose como un poder para adaptar los contratos ya perfeccionados a nuevas necesidades, la justificación de las cuales recaía, hasta la entrada en vigor de la LES, en la mejor gestión del interés público y en la preferencia de la finalidad sobre el objeto en los contratos administrativos, siempre y cuando tuviera como contrapartida necesaria, en garantía del contratista, la compensación adecuada para el correcto mantenimiento del equilibrio del contrato.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LES, la potestad de modificación de los contratos se hallaba regulada, con carácter general, en los artículos 194 y 202 de la LCSP.

En concreto, el artículo 194 de la LCSP establecía, como prerrogativa de la Administración, que:

«Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.»

Por su parte, el artículo 202 de la LCSP preveía, en su anterior redacción anterior a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, lo siguiente:

- «1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas,

justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.

No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b).

2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos en el documento contractual.
3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 140. (...)».

El citado precepto de la LCSP establecía la posibilidad de que, una vez perfeccionado el contrato, se pudieran introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender causas imprevistas debidamente justificadas que, en ningún caso, podían afectar a las condiciones esenciales del contrato.

De esta forma, la LCSP eliminó la posibilidad de modificar el contrato por necesidades nuevas prevista en la antigua normativa de contratos ya derogada, siendo únicamente posible cuando concurrieran causas imprevistas³ siempre y cuando estuvieran debidamente justificadas en el expediente administrativo.

En cuanto a los cambios que podían ser considerados modificaciones del contrato, el segundo apartado del transcrito artículo establecía que no tendrían la consideración de modificaciones del contrato (i) las ampliaciones del objeto del mismo que no pudieran integrarse en el proyecto inicial mediante una mera corrección, o (ii) que consistieran en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento dependiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas que no estuvieran contempladas en la documentación preparatoria del contrato. En estos casos, era necesaria la convocatoria de una nueva licitación para contratar, de forma separada, la prestación de los referidos servicios.

En cuanto al procedimiento para formalizar las posibles modificaciones, el artículo 202 de la LCSP anterior a las modificaciones introducidas por la LES remitía a lo previsto en el artículo 140 de la misma ley, en el que se determinaba que:

³ De conformidad con el artículo 101.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actualmente derogado):

«Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.»

- «1. Los contratos que celebren las Administraciones públicas deberán formalizarse en documento administrativo dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación definitiva, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos.
2. En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 122.3 se estará, en cuanto a su formalización, a lo dispuesto en el artículo 95.
3. Cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía provisional que, en su caso, se hubiese constituido, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 195.3 a) en cuanto a la intervención de Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente en los casos en que se formule oposición al contratista.

Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar, con independencia de que pueda solicitar la resolución del contrato al amparo de la letra d) del artículo 206.

4. No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en los artículos 96 y 97 de esta ley».

En el mismo sentido, el artículo 102 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas dispone literalmente que:

«Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquella. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.»

Adicionalmente a la regulación de las modificaciones contractuales prevista en el artículo 202 de la LCSP como regla general para todos los contratos formalizados con antes del sector público, debe tenerse en cuenta lo que disponía, con anterioridad a la entrada en vigor de la LES, el artículo 258 de la LCSP relativo a la modificación del contrato de gestión de servicios públicos y el mantenimiento de su equilibrio económico-financiero, previendo literalmente que:

- «1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.
2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.
4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:
 - a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.
 - b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
 - c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta ley ⁴.
5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en los apartados 4 b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un periodo que no exceda de un 10 por 100 de su duración, respetando los límites de duración previstos legalmente.»

Por lo tanto, de acuerdo con el citado precepto, la modificación contractual era del todo posible siempre y cuando, tal y como ha sido expuesto anteriormente, se respetara el equilibrio económico-financiero del contrato. No obstante, existían requisitos procedimentales a los que se debía dar estricto cumplimiento para su tramitación.

En concreto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 de la LCSP:

- «1. En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista.
2. En la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, los acuer-

⁴ De acuerdo con lo previsto en el artículo 214.2 de la LCSP:

«Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos de terreno, temporales marítimos, inundaciones y otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.»

dos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del servicio jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 87 y 197.

3. No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva en los casos de:
 - a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.
 - b) Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y este sea igual o superior a 6.000.000 de euros.
4. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos».

En atención a lo expuesto, debe concluirse que, de acuerdo con el régimen jurídico previsto en la LCSP anterior a las modificaciones introducidas por la LES y, en concreto, en el artículo 202 en relación al artículo 195 de la LCSP, el ejercicio del *ius variandi* de la Administración para aprobar modificaciones contractuales sin llevar a cabo una nueva licitación era posible siempre y cuando:

- (i) Existieran motivos de interés público que justificaran la modificación para atender a causas imprevistas.
- (ii) Se mantuviera el equilibrio económico-financiero del contrato.
- (iii) No se modificaran elementos sustanciales del contrato, de tal manera que las modificaciones pudieran integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo y sin que estas constituyeran prestaciones susceptibles de ser independientes o dirigidas a satisfacer nuevas finalidades no contempladas en el expediente.
- (iv) En los casos en los que las modificaciones del contrato originario propuestas comportaran, aisladamente o de forma conjunta, un incremento del 20 por 100 del precio primitivo del mismo y que este fuera igual o superior a 6.000.000 de euros, se solicitara, de forma preceptiva, la emisión de un informe al Consejo de Estado o al respectivo órgano consultivo de la comunidad autónoma.

Adicionalmente, debe indicarse que la LCSP exigía (como lo sigue exigiendo el TRLCSP) que la Administración comunicara al Tribunal de Cuentas o al órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, precio y, en su caso, el importe final del contrato ⁵.

⁵ El artículo 29.2 de la LCSP (equivalente al art. 29.2 TRLCSP) disponía que:

«Igualmente se comunicará al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos indicados.»

Asimismo, la Administración debía informar (y debe seguir informando actualmente) a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como al Registro Público de Contratos dependiente del Departamento de Economía y Finanzas, de las modificaciones, prórrogas o variaciones del precio y el importe final del contrato ⁶.

Debían tenerse en cuenta, pues, como colofón del procedimiento de modificación contractual anteriormente expuesto, las obligaciones de la Administración para garantizar la función fiscalizadora a la que se ha hecho referencia.

3.2. Análisis de los requisitos que debían concurrir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, para que la modificación contractual fuera jurídicamente viable

Como ha sido expuesto en el apartado primero del presente estudio, constituye el objeto principal del mismo determinar los requisitos que, con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor de las modificaciones de la LCSP introducidas por la LES, eran y son exigibles para que las modificaciones de contratos de servicios públicos –y, en concreto, del servicio de recogida y tratamiento de residuos con el propósito de incorporar el servicio de recogida selectiva como consecuencia de las nuevas exigencias normativas– sean viables jurídicamente de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente en el momento de iniciarse el expediente de modificación contractual.

Dichas modificaciones suelen comportar, entre otros servicios y/o prestaciones, la implantación del sistema de recogida selectiva FORM y Resta en el conjunto del término municipal y/o de otra tipología de residuos (por ejemplo, la poda) e, incluso, el incremento del número de recorridos que realiza la flota de camiones, con el consecuente incremento del precio de contrato fruto de la incorporación de nuevos servicios complementarios a los originariamente prestados.

6 Los artículos 30 y 308.3 de la LCSP (equivalentes a los arts. 30 y 333 TRLCSP) disponían que:

«Artículo 30. *Datos estadísticos.*

En el mismo plazo señalado en el artículo anterior se remitirá por el órgano de contratación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado la información sobre los contratos que reglamentariamente se determine, a efectos del cumplimiento de la normativa internacional. Asimismo se informará a la mencionada Junta de los casos de modificación, prórroga o variación del plazo, las variaciones de precio y el importe final de los contratos, la nulidad y la extinción normal o anormal de los mismos.

Las comunidades autónomas que cuenten con Registros de Contratos podrán dar cumplimiento a estas previsiones a través de la comunicación entre Registros.»

«Artículo 308. *Registro de Contratos del Sector Público.*

2. El Registro de Contratos del Sector Público constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España y, como tal, el soporte para el conocimiento, análisis e investigación de la contratación pública, para la estadística en materia de contratos públicos, para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España en materia de información sobre la contratación pública, para las comunicaciones de los datos sobre contratos a otros órganos de la Administración que estén legalmente previstas y, en general, para la difusión pública de dicha información, de conformidad con el principio de transparencia.

El Registro constituirá el instrumento de los poderes públicos para la revisión y mejora continuas de los procedimientos y prácticas de la contratación pública, el análisis de la calidad, fiabilidad y eficiencia de sus proveedores, y la supervisión de la competencia y transparencia en los mercados públicos.»

Conviene, pues, analizar, teniendo en cuenta el régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales anteriormente expuesto, cuáles eran los requisitos exigibles con anterioridad a la entrada en vigor de los cambios introducidos por la LES en la LCSP –los cuales han sido recogidos en el TRLCSP–, teniendo especialmente presentes, en primer lugar, los límites del *ius variandi* de la Administración.

En concreto, la potestad de la Administración de modificar, por razones de interés público, las condiciones de una concesión, introduciendo variaciones en la calidad, cantidad, tiempo o lugar que estime oportunos –también conocida como *ius variandi*–, está reconocida, tal como ha sido expuesto anteriormente, tanto por la normativa aplicable como por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han venido reconociendo, en el ámbito de los contratos públicos, la potestad de la Administración pública de modificar unilateralmente, atendiendo al interés público, los contratos administrativos como manifestación evidente de las prerrogativas de Derecho público que las caracterizan y diferencian de aquellos sometidos al Derecho privado.

No obstante, en el ejercicio de esta potestad, la Administración está sujeta a determinados límites que han sido determinantes tanto para la jurisprudencia del Tribunal Supremo como para los diferentes órganos consultivos estatales y autonómicos.

En este sentido, de conformidad con el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 21 de junio de 2001, en un supuesto en el que se analizó la «Modificación del contrato de gestión del servicio de limpieza pública viaria y de recogida domiciliaria de basuras» del término municipal de Ceuta, concluyó que:

«3. Una de las características esenciales del contrato de gestión de servicios públicos es la posibilidad que tiene la Administración contratante de modificar unilateralmente, en determinadas circunstancias, el contenido del contrato. Se trata del llamado *ius variandi* de la Administración, que implica una excepción singular de un principio general de la contratación, el de *pacta sunt servanda*, el de obligatoriedad de lo concertado para todas las partes del contrato. Ello es una consecuencia de que todos los contratos administrativos están impregnados de una idea esencialmente finalista, que tiene que presidir necesariamente su desarrollo. La vinculación a la consecución del fin obliga, sobre todo en aquellos que, como en la consecución de servicio público, no se agotan en una prestación única y ejecutada de una sola vez, a adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado. La citada vinculación impone la adaptación del objeto. Las adaptaciones que el interés público exige introducir en servicio contratado tienen en todo caso su contrapartida en el deber legal de respetar la llamada «ecuación financiera» del contrato.

Característica del *ius variandi* es que la Administración puede modificar el contrato sin ningún límite.

Al menos en cuanto a su extensión, es ilimitado, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración.

La Administración titular del servicio, en efecto, no ve constreñida su potestad de marcar la forma de satisfacer el interés público contratado, ni por lo mismo, la concreción de la prestación encaminada a satisfacerlo. Ahora bien, solo dentro de ciertos límites (más claros en el marco de la Ley de Contratos del Estado respecto del contrato de gestión de servicios públicos) podrá imponerse al contratista la nueva configuración de la prestación, entre otras razones porque puede carecer de medios o, incluso, de competencia técnica y solvencia financiera para llevarla a cabo.»

Adicionalmente, debe recordarse que la Administración se encuentra sometida en su actuación a un conjunto de principios enumerados inicialmente en el artículo 103 de la Constitución ⁷, y desarrollados, después, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ⁸ (en adelante, Ley 30/1992).

En particular en el caso de las competencias o facultades discrecionales –que no arbitrarias– como las que nos ocupan, la Administración deberá motivar adecuadamente y por razones de interés público la decisión que, en su caso, adopte, pero en todo caso la motivación deberá constar en el expediente, de tal manera que permita concretar en cada supuesto la opción elegida por la Administración en el ejercicio de su potestad discrecional.

Así pues, no será suficiente una motivación genérica del interés de la Administración para el buen fin de los contratos, sino que deberá ofrecerse una motivación concreta para cada supuesto contractual, pues, efectivamente, la modificación de los términos de un contrato, aunque no sea de elementos esenciales, también supone una alteración de aspectos que en su momento se podrían haber tenido en cuenta por los licitadores para realizar sus ofertas o, incluso, para decidir no formularlas.

En atención a lo expuesto, el *ius variandi* de la Administración para aprobar modificaciones contractuales se veía limitado/condicionado por:

- (i) La existencia de causas imprevistas que, por motivos de interés público, justifiquen la modificación.
- (ii) El mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.
- (iii) El mantenimiento de las condiciones esenciales del contrato.
- (iv) El respeto a las normas y a los principios generales que rigen los procedimientos de modificación contractual.

⁷ De acuerdo con lo previsto en el artículo 103 de la Constitución:

«La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.»

⁸ De acuerdo con lo previsto en el artículo 53.2 de la Ley 30/1992:

«El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos.»

Asimismo, el artículo 54 f) de la misma ley dispone:

«Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: f) los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.»

3.2.1. Existencia de causas imprevistas que, por motivos de interés público, justificaran la modificación

El interés público es, por prescripción legal y de acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia y la doctrina, la única justificación posible del *ius variandi* de la Administración, hecho que comporta que esta deba ser muy precisa en su apreciación y, especialmente, en la valoración de las causas imprevistas que justifiquen su ejercicio.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, la modificación de un contrato adjudicado sin que se acredite el referido interés público puede comportar una colisión con los principios de publicidad y concurrencia rectores de la contratación administrativa.

Con respecto a las causas que pueden motivar una modificación contractual, así como a la necesaria observación del interés público, se ha pronunciado tanto la jurisprudencia que se analizará posteriormente como reiterada doctrina.

Puede citarse, entre otras obras, por su claridad conclusiva, el comentario a la LCSP elaborado por los abogados del Estado José Enrique GARCÍA DE LA MATA y Jorge Guillermo PIPAÓN PULIDO⁹, en el que adelantaron que:

«En todo caso, la exigencia de "causas imprevistas" responde específicamente al objetivo de no desnaturalizar el principio de licitación pública que rige en el ámbito de la contratación administrativa. Se pretende con ello evitar que, a través de modificaciones posteriores a la adjudicación, se alteren improcedentemente los términos en los que la Administración invitó a los licitadores a formular sus ofertas.

Lo expuesto debe completarse indicando que el poder de modificación no puede utilizarse para salvar posibles deficiencias o imprevisiones técnicas contenidas en el proyecto inicial. Y no cabe confundir –como ha tenido ocasión de resaltar el Consejo de Estado en numerosas ocasiones como por ejemplo en el Dictamen núm. 50.688, de 17 de junio de 1987– las "causas imprevistas" con las simples imprevisiones derivadas de una inadecuada redacción del proyecto o de previsiones de los términos de la prestación a contratar, ya que se debe a defectos en su propia elaboración o en los datos que sirvieron para su redacción misma.»

Los mismos autores concluyen, en relación a los principios que han de regir el procedimiento contractual, que:

«Las normas sobre modificación de los contratos administrativos tienen carácter imperativo, ya que tienen la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa

⁹ GARCÍA DE LA MATA, J.E. y PIPAÓN PULIDO, J.G.: «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público». *Diario La Ley*, núm. 6983, Sección doctrina, 7 de julio de 2008, año XXIX, Referencia. D-211. Editorial La Ley.

el principio de pública licitación fundamental en la materia. Esta misma doctrina ha sido posteriormente reiterada en diversos dictámenes del Consejo de Estado, que recuerdan la necesidad de que mediante la modificación de los contratos administrativos no se desvirtúen los principios de publicidad y libre concurrencia y la pureza de la licitación (núms. 3371/96, de 28 de noviembre de 1996; 4.350, de 6 de noviembre de 1997, y 358/98, de 11 de junio de 1998). Cuando la modificación es sustancial, el *ius variandi* ha de interpretarse como una excepción al principio de libre concurrencia en la licitación, y como tal, "debe ser entendida de modo restrictivo, interpretándose la ley en la forma y sentido más rigurosos" (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3062/98, de 10 de septiembre de 1998). "Un uso indiscriminado de dicha potestad" de modificación de los contratos, concluía el Consejo de Estado en su Dictamen número 47126, de 5 de diciembre de 1984, "podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas".»

Así pues, la modificación de las condiciones de la concesión deberá realizarse ponderando la conveniencia de preservar el interés público general, la existencia del cual deberá ser «clara, patente e indubitada»¹⁰, y protegiendo los principios de publicidad y concurrencia e, indirectamente, el principio de igualdad, con el concreto interés público existente en la modificación de las referidas condiciones concesionales.

Es imprescindible, pues, que, para evitar la desvirtuación de los presupuestos que van a servir de base a los licitadores para formular sus ofertas, se motiven justificadamente a lo largo del expediente los motivos de interés público que motivan la modificación contractual.

Con respecto a esta obligación se han pronunciado, también, Javier CEPEDA MORRÁS y Carlos YÁÑEZ DÍAZ¹¹, entre otros, recordando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en virtud de la cual debe diferenciarse el *ius variandi* del *factum principis*, estableciendo literalmente que:

«Un aspecto a examinar es la distinción entre el *ius variandi* y el denominado *factum principis*. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 recoge la argumentación de la Sala de Instancia que, después de recordar la difícil distinción entre ambas figuras distingue entre el *factum principis* originado por causas ajenas al propio contrato, como por ejemplo un cambio en la normativa aplicable, y el *ius variandi* que aparece como una potestad de la Administración que en el marco de una relación contractual decide modificarla para la mejor consecución del fin perseguido.»

Adicionalmente, el interés público, en tanto que fundamento del ejercicio del *ius variandi* de la Administración concesionaria, deberá valorarse, igualmente, como elemento justificativo de la fórmula de reequilibrio económico-financiero elegida por la Administración al que se hará referencia posteriormente.

¹⁰ Dictamen del Consejo de Estado número 42179, de 10 de mayo de 1991.

¹¹ CEPEDA MORRÁS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C: *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 720.

Un ejemplo de la exigencia de fundamentar en razones de interés público las modificaciones introducidas por la Administración contratante viene dado por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de junio de 1993 cuando señala que el:

«*ius variandi* (...) como cualquier otra de la Administración debe interpretarse en sentido estricto, ya que para su ejercicio se requiere la existencia de razones de interés público.»

En relación con este elemento se ha pronunciado, también, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre muchos otros, en su Informe número 43/2008, de 28 de julio, en el que, analizando el artículo 202 de la LCSP, concluye que:

«b) La segunda cuestión objeto de consulta se refiere el párrafo segundo del artículo 202.1. Es criterio de la junta que por tal debe entenderse cualquier modificación del proyecto que sea admisible desde del punto de vista legal por ser conforme con las exigencias establecidas en el párrafo primero de este mismo precepto.

En su consecuencia, cuando la ampliación del objeto sea consecuencia de la introducción de alguna modificación del proyecto que cumpla los requisitos del artículo 202.1 tendrá el tratamiento legal correspondiente a las modificaciones permitidas. Por el contrario, si no cumple con dichas exigencias no podrá considerarse como una modificación del contrato en sentido estricto y deberá contratarse separadamente, pudiendo aplicarse para ello el procedimiento negociado cuando cumpla los requisitos que para las prestaciones complementarias establecen los artículos 155 b) o 158 b). Evidentemente, cuando las características de la ampliación del objeto lo requieran deberá elaborarse un proyecto nuevo comprensivo de la misma. A estos efectos deberá tomarse en consideración lo informado al respecto por la oficina de supervisión.

c) En tercer lugar la Intervención solicita informe sobre la forma en que debe interpretarse el artículo 202.2. Se trata de aclarar si de la interpretación de este apartado conjuntamente con el primero cabe deducir que la ley permite a los pliegos prever la posibilidad de modificar el contrato en las circunstancias establecidas en ellos, o si, por el contrario, las modificaciones previstas en el pliego habrían de cumplir los requisitos del artículo 202.1. La cuestión surge porque el artículo 202.2 dispone que "la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en el pliego y en el documento anterior". La expresión "de acuerdo con el apartado anterior" parece exigir que las modificaciones previstas en el pliego reúnan los requisitos del primer apartado del artículo, o lo que es lo mismo que se introduzcan por razones de interés público, para atender a causas imprevistas y sin que afecten a las condiciones esenciales del contrato.

De aceptarse esta interpretación llegaríamos al contrasentido de considerar que solo se pueden prever en el pliego las modificaciones que obedezcan a causas imprevistas. Es evidente que tal interpretación habrá de ser rechazada de plano pues conduce al absurdo. En su consecuencia, entiende la Junta Consultiva que el artículo en cuestión debe ser interpretado tomando como base los antecedentes que lo justifican, de una parte, y de otra, la finalidad que se pretende cumplir con él.

Desde el primer punto de vista, es evidente que el precepto en cuestión tiene su fundamento en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente en la Sentencia *Succhi di Fruta* (Asunto C-496/99 P) que, en síntesis establece como principio "que si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta". De lo que debe desprenderse, por lo que al Derecho español se refiere, la necesidad de prever en los pliegos que rigen la contratación la posibilidad de modificación de las cláusulas contractuales y las condiciones en que esta pueda llevarse a cabo. (...)

A la luz de los pronunciamientos el precepto que comentamos debe ser interpretado en el mismo sentido antedicho. Es decir que, cuando no se hubiese previsto la modificación, solo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades de interés público, b) que se justifiquen debidamente estas necesidades en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato.

Por el contrario, si los documentos contractuales prevén expresamente la posibilidad de modificar determinadas cláusulas, le bastará con indicar cuáles son estas y en qué términos pueden ser modificadas, siendo indiferente si tiene o no el carácter de condiciones esenciales del contrato. Y ello porque siendo conocida esta posibilidad de antemano por todos los licitadores no se produce la ruptura del principio de igualdad entre ellos y de su corolario el de transparencia.

Bien es cierto que interpretando de esta manera el artículo 202.2 resulta, en principio, de difícil comprensión la frase "de acuerdo con el apartado anterior". Sin embargo, si tomamos en consideración la expresión completa: "las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior", habremos de concluir que para ser coherente con la doctrina que sirve de fundamento a este artículo, la frase mencionada no puede tener otro significado que entender que al remitirse al apartado anterior se refiere a los requisitos de que la modificación responda a necesidades de interés público y se justifique debidamente su necesidad en el contrato. Con lo cual queda claro que en ningún caso se admite la modificación por causas discrecionalmente apreciadas por el órgano de contratación (es decir, arbitrarias), pero, si están previstas en los documentos contractuales, pueden incluso afectar a condiciones esenciales del contrato.»

En idéntico sentido se ha pronunciado, también, el Consejo de Estado, el cual ha sostenido de forma reiterada, entre otros, en sus Dictámenes números 2383/2003, de 24 de junio, y 3357/2003, de 20 de noviembre, que:

«Como se expuso en los Dictámenes del Consejo de Estado números 1598/2002 y 142/2003, el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el Código Civil de acuerdo con el cual "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley

entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos" (art. 1.091). Para lograrlo se atribuye a la Administración la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos (*ius variandi*, establecida en el art. 59 LCAP). En el Dictamen número 42179, de 17 de mayo de 1979, se aclaró que "esta naturaleza singular y privilegiada del *ius variandi* exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la ley".»

Uno de estos límites resulta de la exigencia de que la modificación contractual esté «respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado» (Dictamen núm. 42179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los Dictámenes núms. 48473, de 16 de enero de 1986, y 55586, de 10 de enero de 1991), y que además «tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente (Dictamen núm. 3062/98, de 10 de septiembre de 1998). La concurrencia de este interés público debe quedar justificada en el expediente, como resulta del artículo 101.1 *in fine* de la LCAP e implícitamente del artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (anteriormente, también en el derogado art. 149, por remisión del 208, del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre).

Un segundo límite resulta en este caso de la exigencia de que concurren necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas (art. 101 LCAP). A este respecto ha declarado el Consejo de Estado que «el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, de conformidad con los artículos 18 y 74 de la Ley de Contratos del Estado, no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público» (Dictamen núm. 41914, de 24 de mayo de 1979). No cabe excluir la posibilidad de que «el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones de contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio», mas «es lo cierto que, en todo caso, el ejercicio del *ius variandi* por la Administración requiere una singular motivación de hecho ("necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas", reza el art. 149 del Reglamento de Contratación) que, de no existir, impide la alteración del contrato, o de sus pliegos definidores, recogidos, como queda dicho, por el principio *ne varietur*» (Dictamen núm. 41914, de 24 de mayo de 1979).

La concurrencia de necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas debe estar igualmente justificada en el expediente (art. 101 de la vigente LCAP y restantes preceptos anteriormente citados).

El fundamento de este segundo límite debe hallarse en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación y, en su caso, en «la naturaleza de los recursos económicos administrados», de carácter público (Dictamen del Consejo de Estado núm. 45238, de 12 de mayo de 1983). Por lo que respecta al primero de estos fundamentos, en el Dictamen del Consejo de Estado número 45942, de 15 de diciembre de 1983 se puso de manifiesto que el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene «la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación funda-

mental en la materia». Esta misma doctrina ha sido posteriormente reiterada en diversos dictámenes, que recuerdan la necesidad de que mediante la modificación de los contratos administrativos no se desvirtúen los principios de publicidad y libre concurrencia y la pureza de la licitación (núms. 47127, de 29 de noviembre de 1984; 50688, de 17 de junio de 1987; 54473, de 8 de junio de 1990; 55444, de 31 de octubre de 1990; 1021/91, de 1 de octubre de 1991; 2582/95, de 1 de febrero de 1996; 454/96, de 8 de febrero de 1996; 3371/96, de 28 de noviembre de 1996; 4350/97, de 6 de noviembre de 1997, y 358/98, de 11 de junio de 1998). Cuando la modificación es sustancial, el *ius variandi* ha de interpretarse como una excepción al principio de libre concurrencia en la licitación, y como tal «debe ser entendida de modo restrictivo, interpretándose la ley en la forma y sentido más rigurosos» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3062/98, de 10 de septiembre de 1998). «Un uso indiscriminado de dicha potestad» de modificación de los contratos, concluía el Consejo de Estado en su Dictamen número 47126, de 5 de diciembre de 1984, «podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas».

Analizado dicho límite/requisito con carácter general, deviene interesante analizar, sucintamente, qué han venido determinando los órganos consultivos en materia de contratación con ocasión de modificaciones contractuales, el objeto de las cuales era la ampliación del servicio de recogida de residuos.

Por su parte, el Consejo de Estado, en su Dictamen de fecha 1 de marzo de 2007, relativo a la «Modificación del contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos urbanos, recogida selectiva, limpieza viaria y transporte de los mismos a una planta de transferencia», en el término municipal de Boadilla del Monte, expuso literalmente que:

«El Consejo de Estado en el ya citado Dictamen 1079/2004, de 27 de mayo, señaló: "De acuerdo con el artículo 127.1.1.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (expresamente declarado vigente por el Reglamento de Contratación de 12 de octubre de 2001), la corporación tiene la potestad de modificar el contrato, debiendo compensar a la concesionaria por razón de tales modificaciones para mantener el equilibrio financiero de la concesión (art. 127.2.2.ª del Reglamento de Servicios de 1955). Esa potestad no es sin embargo ilimitada (...) siempre ha de atenderse al interés público al ejercer esa potestad valorando tanto las necesidades del municipio como respecto a los principios esenciales de la contratación pública".

A lo largo de la tramitación del expediente de modificación del contrato han quedado acreditadas de forma suficiente las necesidades nuevas que justifican la modificación propuesta, entre ellas, evitar la acumulación de residuos en la vía pública, mantener en condiciones adecuadas de limpieza el casco urbano y las urbanizaciones históricas y aumentar la frecuencia en la prestación de servicio de barrido mecánico, todas ellas relacionadas con el importante incremento de la población del municipio al que se hace referencia en los documentos incorporados al expediente. (...)»

En idéntico sentido, en su Dictamen de fecha 21 de junio de 2001, el Consejo de Estado, en un supuesto en el que analizó la «Modificación del contrato de gestión del servicio de limpieza pública viaria y de recogida domiciliar de basuras» del término municipal de Ceuta, concluyó que:

«(...) la progresiva ejecución de las prescripciones de las Leyes de Residuos (Ley 10/1998, de 21 de abril), y de Envases y Residuos de Envases (Ley 11/1997, de 17 de abril), así como el Plan Nacional de Residuos, con la consiguiente necesidad de contar con la maquinaria y equipamiento adecuados antes de que se cumpla el plazo de ejecución inicial del contrato con la empresa.

En tercer lugar, facilita la organización y coordinación del servicio y el consiguiente seguimiento por parte de la Administración la consolidación en un solo contrato de los diversos servicios, parece que claramente conectados con el objeto del contrato de 26 de mayo de 1992, aunque en virtud de otros títulos distintos, que el contratista actualmente presta. Razones de transparencia y racionalidad administrativa, en efecto, apoyan que se integran en un solo contrato las prestaciones extraordinarias (playas, ferias), servicios de tarde y recogida en los Polígonos de Tarajal que venía realizando.

En cuarto lugar, la ausencia de racionalidad, tanto jurídica (posible ilegalidad) como económica, que implica subvencionar, prácticamente en su totalidad, el coste de adquisición de los equipos que la nueva configuración de la prestación del servicio va a exigir, si se optase por no ampliar el plazo contractual.

Además, representaría un coste para el corriente ejercicio 2001 inasumible desde el punto de vista presupuestario, mientras que prorratear linealmente el coste de las inversiones necesarias durante un plazo como el propuesto representa un incremento del coste de los servicios consolidados en un 11,7 por 100. Al hilo de esta última reflexión debe plantearse, atendidas las circunstancias concurrentes, si es legítimo modificar la duración del contrato por plazo que implica casi duplicar el original de la concesión licitada y adjudicada.

Los principios de publicidad y concurrencia que señorean imperativamente toda la materia contractual administrativa así lo exigen. Ninguno de los informes incorporados al expediente aborda explícita y directamente esta cuestión.»

En este sentido se ha pronunciado, también, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya, entre otros, en su Dictamen número 77/07, de 15 de marzo, relativo a la «Modificación del contrato de concesión del servicio público de limpieza viaria del núcleo urbano de Sant Cugat del Vallès y de un sector del distrito de Mira-sol». En este caso, el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallés pretendía modificar el contrato originario, el objeto del cual era la gestión del servicio de limpieza viaria en determinados núcleos y ámbitos territoriales que cubrían el centro urbano, incluyendo la limpieza de vías públicas, los restos del arbolado público, de las aceras, los jardines y zonas verdes, etc. La modificación propuesta pretendía incorporar en el seno de la prestación del servicio la mejora de las frecuencias de barrido, la ampliación de nuevos sectores, la ampliación de la limpieza de nuevas zonas, la adquisición de maquinaria, etc. Al respecto de la modificación propuesta, la Comisión Jurídica Asesora confirmó que:

«Entre muchos matices que progresivamente ha sufrido la institución contractual cuando esta se utiliza en el ámbito de lo que es público, tanto doctrinalmente como legislativamente, se admite la posición peculiar de la Administración como guardiana del interés público, lo cual le permite una

posición que no es estrictamente de igualdad con quien contrata con ella. Dentro de esta posición "predominante", se encuentran las llamadas prerrogativas contractuales, siempre justificadas en el interés público, que se manifiestan, entre otras circunstancias, en el privilegio de interpretación de las cláusulas contractuales y la potestad de modificación contractual, siempre que con esta modificación se persiga una estricta finalidad y consecución del interés público, y no se vulnere el cumplimiento de los principios de la licitación. Como esta Comisión Jurídica Asesora ha tenido la ocasión de expresar (Dictamen 240/03), el *ius variandi* se fundamenta en la necesidad de dar satisfacción permanente al interés público que comporta cualquier contrato, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, en relación con el llamado principio de protección de la finalidad del contrato, según los objetivos que este persigue. Esta finalidad se obtiene mediante el mantenimiento del contrato adjudicado, justificado por el interés público que lo informa.»¹²

Pues bien, mediante la modificación propuesta se pretendía incrementar el periodo de vigencia de la concesión en dos anualidades consecutivas para garantizar el equilibrio económico-financiero de la concesión roto con la incorporación de nuevos ámbitos de prestación de servicio anteriormente referidos, concluyendo al respecto que:

«Ahora solo queda por advertir que tanto del informe de la Intervención, como del informe técnico respecto a la ampliación de los servicios, así como del secretario del ayuntamiento se deduce una concienciada justificación de la repercusión económica de la modificación propuesta que supera con creces el 20 por 100 del precio contractual, el cual queda justificado atendiendo el incremento de las frecuencias de barrido mixto y manual, la ampliación de nuevos sectores de Mira-sol y de la limpieza en Can Cabassa, la implantación del barrido en domingos y festivos, y la limpieza de la red de saneamiento. Asimismo, también queda justificada en el expediente la existencia de partidas presupuestarias y de la adecuación de la prórroga de dos años como justificativa de la necesaria compensación. La cual cosa, unida al cumplimiento de los requisitos formales o procedimentales exigidos, como ya se ha analizado, permite concluir que se han cumplido los trámites materiales o sustantivos y procedimentales para la modificación contractual en los términos exigibles legalmente.»¹³

Por lo tanto, en el caso analizado, la Comisión Jurídica Asesora consideró que, a pesar de que la modificación propuesta comportaba un incremento del 20 por 100 del precio determinado en el contrato originario, la misma estaba justificada y basada en causas de interés público y que, por lo tanto, era procedente y ajustada a Derecho.

En idéntico sentido puede citarse, entre otros, el Dictamen 225/07, de 20 de septiembre, relativo a la «Modificación del contrato de concesión del servicio de recogida, transferencia y transporte al vertedero de basuras domésticas firmado por el Ayuntamiento de Igualada y la sociedad mercantil "F. De C. y C., S.A."». En dicho dictamen se expuso que:

¹² Traducción propia del texto original.

¹³ Ídem nota anterior.

«En la memoria de ampliación de servicios de limpieza viaria y recogida selectiva redactada el año 2007, se pone de manifiesto que el incremento poblacional ha sido de un 13,43 por 100, paralelamente al incremento de las nuevas edificaciones; que debe ampliar el servicio de limpieza viaria, tanto en el barrido manual como en el barrido mecánico; que debe utilizar agua a presión y limpieza de pintadas y grafitis, a la vez que es necesario el riego a presión. Al mismo tiempo, se pone de manifiesto la necesidad de extender los servicios de limpieza con agua a presión en diferentes sectores, además del mantenimiento o repaso por las tardes en diversos sectores o espacios de la ciudad de Igualada. De la misma forma, el aumento de las zonas de recogida selectiva, para una mejor consideración del reciclaje, ocasionan que "todas estas causas, las cuales se pueden considerar como sobrevenidas y difícilmente previsibles, hacen imprescindible el aumento de los servicios propuestos".»¹⁴

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya consideró que la ampliación del servicio propuesta estaba objetivamente justificada por cuanto:

«La potencialidad de crecimiento del Ayuntamiento de Igualada en los últimos años podría entenderse también como justificación objetiva de las necesidades y mayor aumento de frecuencia de servicios. Probablemente, a pesar de las competencias municipales en la aprobación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, que prevén con tiempo y ordenan el crecimiento urbanístico de la población (Dictamen 305/02 de esta Comisión Jurídica Asesora), resultaba difícil de prever con exactitud el ritmo de crecimiento en el tiempo del incremento poblacional y que, dieciséis años más tarde (cogiendo como inicio del servicio el año 1992), hubiera aumentado tanto el número de habitantes de la población de Igualada, la edificación y las zonas de recogida selectiva (que eran incipientes en el momento de la contratación inicial), así como las zonas y las calles destinadas exclusivamente a peatones.»¹⁵

En atención a lo expuesto, la concurrencia del interés público para justificar una determinada modificación contractual debe determinarse de forma casuística en cada caso, debiéndose analizar, pues, los elementos en los que se basa la pretendida modificación.

En todo caso, de acuerdo con lo indicado, se consideran causas de interés público justificativas de una modificación contractual, entre otras, las siguientes:

- (i) Tratar de evitar la acumulación de residuos a la vía pública.
- (ii) La necesidad de mantener en condiciones adecuadas de limpieza el núcleo urbano, proponiéndose el incremento de la frecuencia en la prestación de un servicio para mejorar su calidad.
- (iii) La voluntad de ampliar los servicios de limpieza para dar cobertura a la totalidad de sectores de un determinado municipio.

¹⁴ Traducción propia del texto original.

¹⁵ Ídem nota anterior.

- (iv) El incremento de población de un término municipal siempre y cuando, en la fecha de formalización del contrato, fuese difícil de prever.
- (v) La evolución de la ciudad.
- (vi) Los cambios en las conductas sociales de los ciudadanos siempre y cuando no fueran prácticas sociales existentes en la fecha de formalización del contrato.
- (vii) Motivos de transparencia y racionalidad administrativa que, en determinados supuestos, recomienden la integración en un solo contrato del conjunto de prestaciones originarias y extraordinarias (limpieza de playas, ferias, etc.) vinculadas al mismo.

3.2.2. *El mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato*

Sin perjuicio de lo indicado en el apartado precedente de este estudio, es relevante tener en cuenta que la Administración pública está obligada a mantener en todo momento el equilibrio económico-financiero de los contratos públicos.

Dicha obligación se encuentra prevista desde hace más de medio siglo en los artículos 126.2 b) ¹⁶, 127.2.2 ¹⁷ y 129.3 ¹⁸ del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante, RSCL).

¹⁶ De acuerdo con lo previsto en el artículo 126.2 b) del RSCL:

«Artículo 126. *Carácter público del servicio prestado mediante concesión administrativa. Regímenes y recursos de los actos de los concesionarios.*

2. En el régimen de la concesión se diferenciará:

- a) El servicio objeto de la misma, cuyas características serán libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público, y
- b) La retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieran servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial.»

¹⁷ De acuerdo con lo previsto en el artículo 127.2.2 del RSCL:

«Artículo 127. *Potestades y obligaciones de la corporación que otorga la concesión administrativa.*

2. La corporación concedente deberá:

- 2.º Mantener el equilibrio financiero de la concesión para lo cual:
 - a) Compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y
 - b) Revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.»

¹⁸ De acuerdo con lo previsto en el artículo 129.3 del RSCL:

«Artículo 129. *Retribuciones del beneficiario de la concesión administrativa.*

3. En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.»

Asimismo, el artículo 258 de la LCSP anteriormente transcrito, equivalente –con alguna matización¹⁹– al artículo 282 del TRLCSP, establece que la Administración debe restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, (i) cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado, (ii) cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, y (iii) cuando causas de fuerza mayor determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

La LCSP anterior a las modificaciones introducidas por la LES precisaba, en el apartado 5 del mismo precepto (tal como lo hace actualmente el mismo apartado del art. 282 TRLCSP), que podrán utilizarse para conseguir el reequilibrio económico las siguientes medidas: (i) la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios; (ii) la reducción del plazo de duración del contrato, (iii) la prórroga del contrato por un periodo que no exceda del 10 por 100 de la duración inicial, respetando los límites máximos de duración del contrato establecidos en la ley²⁰, y (iv) en general, la modificación de cualquier cláusula de contenido económico del contrato.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido, entre otras, en su Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2000, el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas como un principio básico de toda figura concesional amparada en las previsiones contenidas en los artículos 116.3, 127.2.2 a), 129.3 y 152 del RSCL. En los referidos preceptos se acoge la teoría del equilibrio económico-financiero de la concesión administrativa, comprendida de los supuestos de (i) alteración del contrato por la Administración, y (ii) aplicación de circunstancias imprevisibles. En concreto, dicha sentencia determina que:

«(...) los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo están capacitados para completar el concepto jurídico indeterminado de la expresión "equilibrio económico de la concesión", que no puede ser entendido más que como la búsqueda, en la medida de lo posible, de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles que en todo contrato de concesión está implícito y que persigue una honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige.»

El principio del equilibrio económico-financiero de la concesión debe ponerse en relación con el principio de riesgo y ventura en virtud del cual el empresario asume tanto los rendimientos de la

¹⁹ El artículo 282.1 del TRLCSP exige que para poder llevarse a cabo la modificación por razones de interés público «concurran las circunstancias previstas en el Título V del Libro I» de la misma ley.

Asimismo, el artículo 282.4 a) del TRLCSP establece que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda «cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el Título V del Libro I, las características del servicio contratado».

Como puede observarse, dicho precepto incorpora la referencia explícita a los criterios previstos en el Título V del Libro I del TRLCSP, mientras que el artículo 258 de la LCSP no hacía referencia alguna a los mismos.

²⁰ La prórroga del contrato solo será admisible cuando la obligación de restablecer el equilibrio venga impuesta por (i) causas de fuerza mayor, o (ii) actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

actividad y la consecuencias beneficiosas derivadas de un menor coste de la obra o del servicio (ventura) como los perjuicios y la pérdidas producidas por el mayor coste de la gestión empresarial (riesgo), mientras que la Administración está al margen de la suerte o desventura del concesionario, salvo que, de conformidad con la doctrina de la ecuación financiera o del equivalente económico –igualdad entre las ventajas y las obligaciones que se imponen al contratista–, el mismo ordenamiento haya previsto la cooperación de la Administración, al efecto de restablecer el equilibrio financiero^{21, 22, 23}.

Resulta relevante citar, en este sentido, lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2000, en la que literalmente expuso que:

«(...) los tribunales están capacitados para completar el concepto jurídico indeterminado de la expresión "equilibrio económico de la concesión", que no puede ser entendido más que como la búsqueda, en la medida de lo posible, de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles que en todo contrato de concesión está implícito y que persigue una honesta equivalencia comercial y ecuación financiera del contrato de concesión, por lo que debe mantenerse dicho equilibrio económico que solo puede implicar rotura de la economía de la concesión cuando existan circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que no constan acreditadas en las actuaciones, pues para demostrar esa imprevisibilidad, había sido necesario acreditar la posibilidad de que sobrevinieran circunstancias de tal naturaleza que hicieran exigible tal concurrencia, (...).»

Así, como ha reconocido reiterada jurisprudencia, el ejercicio del *ius variandi* por la Administración exige, en muchas ocasiones, la realización, por parte del adjudicatario, de importantes inversiones no previstas al inicio del periodo concesional, hecho que puede dar lugar a un desequilibrio económico que, en virtud del principio de equivalencia de las prestaciones, ha de ser necesariamente corregido.

3.2.3. *El mantenimiento de las condiciones esenciales del contrato*

Las modificaciones contractuales han de mantener las condiciones esenciales del contrato para evitar la creación de uno nuevo sin vulnerar los principios de publicidad y libre concurrencia.

Si bien es cierto que dicho límite fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LCSP, debe recordarse que la normativa anterior ya configuraba como una causa de resolución contractual el hecho de que las modificaciones comportaran una alteración sustancial del contrato a pesar de que estas se hubieran producido de forma sucesiva en el tiempo.

²¹ Dictámenes del Consejo de Estado 2382/2003 y 3357/2003.

²² Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña número 482/04, de 9 de diciembre.

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 15 de mayo de 2009.

El concepto de modificación sustancial o de las condiciones esenciales del contrato ha sido objeto de análisis tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia y por los órganos consultivos, tanto del Estado como de las respectivas comunidades autónomas.

En concreto, José Enrique GARCÍA DE LA MATA y Jorge Guillermo PIPAÓN PULIDO²⁴ realizan una interpretación negativa del concepto de la siguiente manera:

«Un requisito adicional de la modificación del contrato –por vía negativa– viene establecido en el párrafo segundo del apartado uno del artículo 202 que niega el carácter o naturaleza de modificación de los contratos a las ampliaciones de su objeto:

- Que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo, o
- Que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer necesidades nuevas o no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, reguladas en el Libro II de la ley. En estos casos deberá efectuarse una contratación separada o utilizarse el régimen previsto para las prestaciones complementarias.»

Conviene, pues, enunciar sucintamente los elementos que, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales y según la opinión de los referidos órganos consultivos, debían concurrir con anterioridad a las modificaciones introducidas por la LES, para considerar que una determinada modificación contractual, en realidad, configura un nuevo contrato.

Puede citarse, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 19 de junio de 2008, en el caso *Pressetext Nachrichtenagentur* (Asunto C-454/06), en la que se mantiene que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de este constituyen una nueva licitación cuando:

«(...) presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial, y por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato.»

Asimismo, en la Sentencia dictada en el caso *Wall AG contra el municipi de Fráncfort del Meno* (Asunto C-91/08), de fecha 13 de abril de 2010, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinó que:

«La obligación de transparencia que recae en las autoridades públicas que celebran un contrato de concesión de servicios implica que se garantice, a favor de todo licitador potencial, un

²⁴ GARCÍA DE LA MATA, J.E. y PIPAÓN PULIDO, J.G.: «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público». *Diario La Ley*, núm. 6983, Sección doctrina, 7 de julio de 2008, año XXIX, Referencia. D-211. Editorial La Ley.

grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse las Sentencias Telaustria y Telefonadress, antes citada, apdos. 60 a 62; Parking Brixen, antes citada, apdos. 46 a 49, y de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, rec. P. I-3303, apdo. 21).

Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las Sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, rec. P. I8377, apdos. 44 y 46, y de 19 de junio de 2008, Preetext Nachrichtenagentur, C-454/06, rec. P. I-4401, apdo. 34).

La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada (véanse, por analogía, la Sentencia Preetext Nachrichtenagentur, antes citada, apdo. 35). (...)

En el supuesto de que, a la luz de dicha apreciación, el órgano jurisdiccional remitente infiriera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, deberían adoptarse, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que esta fuera adjudicada.

Por consiguiente, debe responderse a la tercera cuestión que, cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestren la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según los criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que esta sea adjudicada».

De este modo, la referida sentencia concluyó que puede considerarse que constituye una modificación sustancial aquella que altere el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario

de una forma que no estaba prevista en los términos del contrato inicial o cuando se amplíen, en gran medida, los servicios inicialmente no contratados.

Adicionalmente, el mismo Tribunal, en su sentencia de fecha 29 de abril de 2004, en el caso *Succhi di Fruta* (Asunto C-469/99 P), insistió en la importancia de que la posibilidad de modificar el contrato estuviera prevista en el mismo, determinando que:

«De igual modo, la misma sentencia dictada establece que "por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente". Lo cual quiere decir que no habiéndose previsto la modificación, no pueden alterarse las condiciones esenciales del contrato.»

Analizada la jurisprudencia europea, la cual debe respetarse en todo caso por cuanto el Derecho interno debe interpretarse, siempre, a la luz del Derecho comunitario, conviene analizar los pronunciamientos de los órganos consultivos en supuestos similares a los que nos ocupan.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa delimitó, en reiteradas ocasiones, el concepto de condiciones esenciales del contrato, entre otros, en su Informe número 5/2010, de 23 de julio, en el que literalmente expuso lo siguiente:

«Sentado lo anterior, procede entrar en el examen de cada una de las preguntas formuladas por el Ayuntamiento de Collado Villalba. En primer lugar, se solicita el criterio de esta junta acerca de si las causas mencionadas en el texto de la consulta podrían tener la condición de imprevistas y si podría considerarse que afectan a las condiciones esenciales del contrato. Es decir, se consulta acerca de si en el caso indicado por el ayuntamiento se dan o no las condiciones del artículo 202 de la LCSP.

Ante todo debe indicarse que no es función propia de esta junta informar en derecho cuestiones que por sus características carezcan de interés general. Ello no obstante, aun cuando en la consulta presente se pretende dar solución a una cuestión concreta, es evidente que la solución ofrecida para resolver la misma puede resultar de aplicación a otros casos similares, lo que avalaría la emisión del informe solicitado.

Como consecuencia de ello, y procediendo al análisis de cada una de las cuestiones que se plantean debemos indicar, en primer lugar, que para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte, que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano, hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato. (...)

Del mismo modo que ocurre con la determinación de cuándo es imprevisible que concurran circunstancias que afectan de una u otra manera a la ejecución del contrato, ocurre con el establecimiento de un criterio general a la hora de establecer si tales circunstancias y las modificaciones derivadas de su concurrencia afectan o no a las condiciones esenciales del contrato. Esta junta ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en el Informe 43/08, de 28 de julio de 2008, en el que se decía, con referencia al artículo 202 de la LCSP, que "la redacción empleada por el legislador en este precepto pone de manifiesto de manera clara que la expresión 'condiciones esenciales del contrato' es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación, como acertadamente dice en su consulta la Intervención General, resulta difícil de hacer. Desde este punto de vista cabe decir que pueden imaginarse dos procedimientos para establecer el modo de concretar el alcance del concepto enunciado. El primero de ellos consistiría en formular criterios de carácter general tales como los mencionados en el propio texto de la consulta, es decir, la alteración de condiciones del contrato que de haber figurado en el anuncio de licitación habrían permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o las que hacen referencia a las que supongan alteración de la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato. La adopción de métodos como los indicados en realidad no resuelve tampoco de forma directa el problema pues consisten en desplazar el momento de la interpretación del concepto de unos términos a otros. En efecto, en el primero de los casos indicados es preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual y en el segundo la necesidad de concreción se traslada a la determinación de cuáles son las alteraciones que afectan a la naturaleza de la prestación. En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del 'concepto jurídico indeterminado' supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos de cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo. Por ello, la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate, determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato".

Queda, pues, claro de conformidad con lo dicho que la determinación de cuándo una modificación contractual afecta a las condiciones esenciales del contrato solo puede hacerse mediante el análisis de cada caso concreto, (...).»

Por su parte, en su Dictamen número 44.793, de 2 de diciembre de 1982, el Consejo de Estado determinó que:

«Cuando no se aspira dar un nuevo modo de ser a las relaciones existentes entre las partes, sino a establecer un tipo distinto de relaciones, se desbordan los límites de la modificación contractual, tratándose, en realidad de un pacto nuevo.»

Asimismo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 21 de enero de 1994 expresó que:

«La modificación unilateral del contrato por la Administración no puede afectar a las estipulaciones esenciales.»

En atención a lo expuesto, podía entenderse por condiciones esenciales aquellas que, como mínimo, afectaran al objeto de la licitación, a los criterios de selección y adjudicación, así como a cualquier otra cláusula que de haberse incorporado en el proceso de licitación habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o, incluso, habría permitido la participación de otros licitadores adicionales a los admitidos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la LCSP anterior a la LES configuraba dos tipologías de alteraciones sustanciales, diferenciándolas desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa:

- (i) Desde un punto de vista cualitativo, constituían modificaciones sustanciales aquellas que suponían una alteración sustancial del objeto o del proyecto inicial.
- (ii) Desde un punto de vista cuantitativo, de conformidad con el redactado del artículo 202 de la LCSP anterior a su modificación por la LES, constituía una alteración sustancial aquella que conllevara un incremento del 20 por 100 del precio original del contrato.

3.2.4. *El respeto a las normas y al procedimiento legalmente establecido: emisión de dictamen por el Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma*

La potestad de las Administraciones públicas de modificar las condiciones de la concesión debe respetar las normas de procedimiento que se indican en cada concesión, el pliego de cláusulas administrativas que resulte de aplicación, así como la normativa específica, si la hay.

Pues bien, como ha sido expuesto a lo largo de este estudio, de conformidad con lo previsto en el artículo 195 de la LCSP (equivalente al actual art. 211 TRLCSP), en los casos en los que las modificaciones del contrato originario conllevaran, aisladamente o de forma conjunta, un incremento del 20 por 100 del precio primitivo del mismo y este fuera igual o superior a 6.000.000 euros, era obligatorio solicitar, de forma preceptiva la aprobación de la referida modificación, la emisión de un informe al Consejo de Estado o al órgano consultivo de la respectiva comunidad autónoma²⁵.

²⁵ La naturaleza jurídica del informe/dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma ha sido perfectamente delimitada por la doctrina, entre otros, por Carmen RODRÍGUEZ DE RIVERA DOMINGO en la obra *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, editada por Editorial Bosch, Barcelona, 2009, págs. 1.826 y siguiente. En concreto, RODRÍGUEZ DE RIVERA expone que:

«La misión del preceptivo dictamen en los expedientes no es una mera diligencia rutinaria que apostilla una resolución preconcebida, sino que tiene por objeto que una instancia jurídica externa y objetiva vele por el respeto a la legalidad e incluso la oportunidad y conveniencia de la medida que debe tomarse (Dictamen del Consejo de Estado núm. 975/2002, de 16 de mayo).

En relación a lo expuesto, conviene, pues, analizar, si, en el caso de tramitarse una modificación contractual, debe o no solicitarse la emisión del preceptivo informe al órgano consultivo que corresponda.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, qué se entiende por «precio primitivo del contrato», concepto que, adelantamos, ha sido, también, objeto de discusión para determinar si el mismo hace referencia únicamente al precio que consta en el contrato o si, contrariamente, debe multiplicarse por el conjunto de anualidades que lo configuran.

En otros casos, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal no ha mantenido un criterio uniforme y pacífico en relación a dicho concepto. Así, por ejemplo, en su Informe número 57/99, de 21 de diciembre, relativo a la «Consulta sobre si el precio de un contrato de servicio público como recogida domiciliaria de basuras y otros, es el importe de una anualidad o bien la suma de las anualidades en las que se lleva a cabo el contrato», concluyó que:

«(...) el limitar el importe de un contrato administrativo al importe de una anualidad supondría un fraccionamiento del contrato y una interpretación que eludiría la prohibición tajante, también procedente de las Directivas comunitarias, del artículo 69.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expresivo de que "no podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación del contrato".»

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el precio o el importe de un contrato de gestión de servicios públicos, en general de cualquier contrato de la Administración, viene determinado en función de su plazo de duración, sin que sea lícita su reducción al importe de una anualidad.»

Ha de tenerse presente, sin embargo, que carece de fuerza vinculante para la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.1 de la LRJPAC. Sobre el carácter del mismo, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1980. (...)

La exigencia del preceptivo informe tiene como consecuencia lógica que la omisión del mismo provoque la nulidad de la resolución administrativa. Existe una nutrida doctrina del Consejo de Estado relativa a determinar cuáles son los efectos de la falta de su preceptivo dictamen en estos procedimientos, en el sentido de que la omisión de dicho trámite provoca la nulidad de la resolución administrativa al tratarse de la ausencia de un trámite esencial e inexcusable de acuerdo con el artículo 62.1 de la LRJPAC (Dictamen del Consejo de Estado 4533/96, de 30 de enero de 1997, y núm. 188, de 24 de febrero de 1994).

Por eso, constatada la omisión de este preceptivo trámite, la consecuencia lógica será la retroacción de actuaciones administrativas al momento en que se prescindió del mismo.

Este criterio lo reitera, mayoritariamente, el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre otras las de 16 de julio de 2002, 14 de marzo de 1989, 12 de julio de 1988, 31 de diciembre de 1980, 6 de junio de 1979, etc.

Sin embargo, no desconocemos la jurisprudencia de la misma Sala, en la que se relativiza hasta cierto punto la exigencia de la consulta al Consejo de Estado, como es la contenida en la Sentencia de 20 de enero de 1992 y la Sentencia de 16 de mayo de 1993, "por cuanto la falta del dictamen del Consejo de Estado, al no implicar el haberse prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, no la supone (la nulidad radical), sino solo una anulabilidad o nulidad relativa".»

Contrariamente, en su Informe número 37/07, de 29 de octubre, relativo a la «Consulta sobre si la expresión "precio primitivo del contrato" se refiere exclusivamente al precio de adjudicación del contrato principal o también al importe de la revisión de precios producida durante la ejecución de la obra principal y en su caso al importe de las modificaciones», determinó que:

«(...) la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en la expresión precio primitivo del contrato debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato resultante del procedimiento de adjudicación, computando o no el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido en los supuestos en que la norma determina o no su exclusión, y que en los supuestos en que se produzca la revisión de precios, conforme a las normas establecidas al efecto, tal importe deberá actualizarse por la repercusión sobre el mismo de los índices o fórmulas de revisión aplicables en el tiempo, sin que sobre tal resultado puedan aplicarse los importes resultantes de las posibles modificaciones del contrato.»

Por su parte, analizados diversos dictámenes de órganos consultivos de comunidades autónomas y, entre ellos, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña, se observa que esta se pronuncia siempre que la modificación supera el 20 por 100 del precio originario, con independencia de que este no supere los 6.000.000 de euros, entendiendo que el precio originario no es el correspondiente al canon anual, sino al canon global que resulta por la total vigencia del contrato.

En este sentido se ha pronunciado dicha Comisión, entre otros, en su Dictamen número 77/07, de 15 de marzo, relativo a la «Modificación del contrato del servicio público de limpieza del núcleo urbano de Sant Cugat del Vallès y de un sector del distrito de Mira-sol», en el que, en primer lugar, confirma la necesidad de emitir el referido informe preceptivo cuando:

«En efecto, el precio del contrato inicialmente adjudicado se cuantificó en el importe anual total de 1.584.147,70 euros (IVA excluido), que da una cantidad agregada por el periodo quinquenal establecido en 7.920.733,50 euros (IVA excluido); teniendo en cuenta que el incremento derivado del plan técnico de mejora e inversión se concreta en el importe anual de 1.208.479,09 euros (IVA excluido) que, como se comprueba, comporta un incremento sustancial muy superior al 20 por 100 del precio originario del contrato, hasta llegar a superar el 76 por 100 del canon anual.»²⁶

En idéntico sentido se ha manifestado en muchísimos otros dictámenes^{27, 28}. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que el precio originario es aquel que se determina en el contrato por una anualidad y no el que resulta de multiplicar el precio originario por el total de anualidades del contrato. En este sentido puede citarse, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005, en la que literalmente establece que:

²⁶ Traducción propia del texto original.

²⁷ Dictamen 225/07, de 20 de setembre, relatiu a la «Modificació del contracte de concessió del servei de recollida, transferència i transport a l'abocador d'escombraries domèstiques signat per l'Ajuntament d'Igualada i la societat mercantil "F. De C. y C., S.A."».

²⁸ Dictamen número 272/07, de 29 de novembre, relatiu a la «Modificació del contracte de neteja viària, recollida de residus i neteja i manteniment de papereres de la ciutat de Barcelona».

«Y la entidad Dragados y Construcciones y Urbaser, en el motivo primero de casación, al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia la infracción de los artículos 50.1 y 5 y 60.3 b) de la LCAP. Alegando en síntesis: a) que el artículo 50 dispone que deberán aprobarse los pliegos de cláusulas administrativas y que estas se consideraran como parte integrante de los respectivos contratos; b) que el pliego de cláusulas en el caso de autos fijaba como precio el de doscientos ochenta millones de pesetas y que la fianza que se constituyó por 4 por 100, 11.158.170 pesetas; b) que conforme al artículo 60 es preceptivo el informe del Consejo de Estado, en los casos de modificación cuando la cuantía sea superior al 20 por 100 del precio original del contrato y esta sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas.

Y procede acoger tales motivos de casación, de acuerdo con las valoraciones de las partes recurridas. Pues si el artículo 60 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expresa y libremente dispone que es preceptivo el informe del Consejo de Estado, en los casos de modificación, cuando la cuantía sea superior al 20 por 100 del precio original del contrato y esta sea superior a 1.000.000.000 de pesetas, y si en el caso de autos, según las actuaciones muestran, y la propia sentencia recurrida acepta, el precio original del contrato se fijó en 278.954.249 pesetas y la fianza se constituyó por importe de 11.158.1790 pesetas, es claro que no era preceptivo el informe del Consejo de Estado, cual mantienen las partes recurridas.

Y no es dable, como mantiene la sentencia recurrida, que para señalar la cuantía del contrato se acuda a multiplicar ese importe original del contrato por el número de años de vigencia, pues de una parte, la letra de la norma es clara, y conforme al artículo 3 del Código Civil²⁹ a sus términos se ha de estar; de otra, porque el precepto, artículo 60 citado, regula una situación concreta y excepcional, contratos cuya cuantía original sea superior a 1.000.000.000 de pesetas, y por tanto su aplicación ha de hacerse al supuesto expresamente definido en la norma, sin posibilidad de ampliación, y en fin, porque entrar en el análisis de la valoración de los años de duración del contrato podría afectar, tanto al principio de legalidad como a la seguridad de las situaciones, pues por un lado, se introduciría un concepto, el tiempo, no fijado por la norma que se trata de aplicar, y por otro, se estaría valorando una mera hipótesis, ya que cualquiera que sea la previsión sobre la duración de un contrato, en ningún caso se puede asegurar, ni menos en su inicio, que el contrato se va a cumplir en su integridad.

Por otro lado se ha de significar que esta Sala del Tribunal Supremo, en numerosa y reiterada jurisprudencia, cuando se trata de valorar la cuantía de los contratos a los efectos de admisión del recurso de casación, siempre ha estimado que su valor o cuantía se obtiene a partir del precio al mismo señalado como original, y en los contratos de gestión de servicios públicos, el precio señalado en el mismo y que corresponde a cada anualidad, por todas la Sentencia de 22 de abril de 2005, recaída en el recurso de casación número 2404/2000, que reconoce como cuantía de un contrato de gestión de servicios públicos el del canon anual».

En idéntico sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de febrero de 2008, en un supuesto similar al anteriormente referido en el que dicho tribunal concluyó que:

²⁹ De conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil: «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

«Por otra parte, nuestra Sala y Sección, en las Sentencias de 22 de abril –rec. de casación núm. 2404/2000– y 4 de mayo de 2005 –rec. de casación 1607/2003– ha declarado que en el supuesto del artículo 60.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, "no es dable que para señalar la cuantía del contrato se acceda a multiplicar ese importe original del contrato por el número de años de vigencia, pues de una parte, la letra de la norma es clara y conforme al artículo 3 del Código Civil a sus términos se ha estar; de otra, porque el precepto, artículo 60 citado, regula una situación concreta y excepcional, contratos cuya cuantía original sea superior a 1.000.000.000 de pesetas, y por tanto su aplicación ha de hacerse al supuesto expresamente definido en la norma, sin posibilidad de ampliación, y en fin, porque, entrar en el análisis de la valoración de los años de duración del contrato podría afectar, tanto al principio de legalidad como a la seguridad de las situaciones, pues por un lado, se introduciría un concepto, el tiempo, no fijado por la norma que se trata de aplicar, y por otro, se estaría valorando una mera hipótesis, ya que cualquiera que sea la previsión sobre la duración de un contrato, en ningún caso se puede asegurar, ni menos en su inicio, que el contrato se va a cumplir en su integridad", y en el caso que enjuicamos es evidente que de acuerdo con esta doctrina el informe del Consejo de Estado no era preceptivo, según reconoce el acuerdo de ocho de octubre de mil novecientos noventa y ocho, al recoger el informe de la Intervención Municipal de Fondos, que a su vez hace suyo otro emitido por el Secretario General Accidental del Ayuntamiento, que señala que "se trata de una modificación del contrato superior al 20 por 100 del precio original del mismo, ya que si bien el importe anual del incremento no supera el 20 por 100, sí lo supera el total contratado al extenderse su plazo de vigencia hasta el año 2009"».

La interpretación del concepto de precio primitivo u originario del contrato y la consecuente obligación de solicitar, con carácter preceptivo, el informe al órgano consultivo que corresponda, no ha sido uno de los extremos más analizados por la doctrina, si bien, fruto de los comentarios a la LCSP realizados por diversos autores, puede deducirse que la finalidad del artículo 195 de dicha ley al establecer (equivalente al actual art. 211 TRLCSP), como segundo requisito para tener que solicitar el dictamen, que su precio originario fuera igual o superior a 6.000.000 de euros, pretendía evitar la multiplicación innecesaria de expedientes ante estos órganos.

En este sentido, Javier CEPEDA MORRÁS y Carlos YAÑEZ DÍAZ³⁰ consideran que:

«Con esta elevada cuantía se evita la multiplicación de expedientes de modificación que requerirían el dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo de las comunidades autónomas en cuantías poco importantes.

La falta de dictamen del Consejo de Estado en los supuestos en los que se exige con carácter preceptivo, determina la nulidad de lo actuado, debido a su carácter de trámite esencial, y así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1997 o 14 de marzo de 1989.»

³⁰ CEPEDA MORRÁS, J. y YAÑEZ DÍAZ, C: *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Págs. 699.

De acuerdo con lo expuesto, la intervención del órgano consultivo en el trámite de modificación contractual no sigue un criterio uniforme y, en la mayoría de los casos, su aportación dependerá de la interpretación que se haga del referido precepto de la LCSP.

4. LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES INICIADAS CON POSTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

4.1. Principales modificaciones introducidas en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley de Economía Sostenible y recogidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de modificaciones contractuales

Como ha sido anunciado a lo largo del presente estudio, la LES, aprobada por el Congreso de los Diputados en fecha 15 de febrero de 2011, introdujo, mediante su disposición adicional decimosexta, diversas modificaciones de la LCSP, configurándose como la tercera reforma importante de dicha norma ³¹.

Posteriormente, en fecha 14 de noviembre de 2011, fue aprobado, de acuerdo con lo previsto en la disposición final trigésima segunda de la LES ³², el TRLCSP en el que se recogen en un único texto todas las modificaciones introducidas en la LCSP, tanto por la LES como por otras normas.

Según se dispone en el propio preámbulo del TRLCSP:

«Dicha habilitación tiene su razón de ser en la seguridad jurídica, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen de 29 de abril de 2010, al recomendar la introducción, en el texto del anteproyecto de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sometido a dictamen, de una disposición final que habilitara al gobierno para la realización de un texto refundido, con el alcance que se estimara por conveniente. Efectivamente, la sucesión de leyes que han modificado por diversos motivos la Ley 30/2007 unido a la existencia de otras normas en materia de financiación privada para la ejecución de contratos públicos incluidas en otros textos legislativos, pero de indudable relación con los preceptos que regulan los contratos a los que se refieren, aconsejan la elaboración

³¹ Con anterioridad se habían aprobado otras modificaciones de la LCSP mediante la Ley 34/2010, de 5 de agosto (modificó los recursos en materia de contratación pública) y la Ley 15/2010, de modificación de la anterior, por la que se establecieron medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Teniendo en cuenta las referidas modificaciones, de acuerdo con lo previsto en la disposición final trigésima segunda de la LES, se autoriza al Consejo de Ministros para que elabore un texto refundido en materia de contratación pública.

³² De acuerdo con la disposición final trigésima segunda de la LES se autorizaba al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de dicha ley, un texto refundido en el que se integraran, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la LCSP y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

de un texto único en el que se incluyan, debidamente aclaradas y armonizadas, todas las disposiciones aplicables a la contratación del sector público.»

Así, el TRLCSP que, de acuerdo con lo previsto en su disposición final única, entrará en vigor al cabo de un mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado ³³, ha derogado (i) la LCSP, (ii) el Capítulo IV del Título V del Libro II de la LCAP, (iii) la disposición adicional séptima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, (iv) el artículo 16 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y (v) los artículos 37 y 38 de la LES.

Teniendo en cuenta los citados cambios normativos, deviene indispensable exponer cuáles fueron las modificaciones más importantes introducidas por la LES en el régimen jurídico anteriormente analizado y que han sido recogidas por el TRLCSP recientemente aprobado. Dichas modificaciones pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- (i) Restricciones a la posibilidad de realizar modificaciones de los contratos.
- (ii) Introducción de una nueva causa de resolución de los contratos consistente en la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en los términos inicialmente previstos.
- (iii) Introducción de un nuevo tipo de adjudicación directa a las empresas de economía mixta.

Siendo todas ellas de máximo interés, el presente estudio se centra en el análisis de las restricciones introducidas a la posibilidad de realizar modificaciones contractuales por ser este el objeto del mismo. Dichas modificaciones, que serán analizadas a continuación, pueden sintetizarse en las siguientes:

- (i) Las normas sobre modificación de los contratos de la LCSP se aplican, a partir de ahora, no solo a los contratos administrativos, sino a todos los contratos del sector público, incluidos los de carácter privado.
- (ii) Se limita la posibilidad de hacer modificaciones en los contratos a las expresamente previstas en la documentación que rige el contrato o bien, para las no previstas, cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las causas tasadas y definidas en el artículo 107 del TRLCSP.
- (iii) Las modificaciones no previstas en la documentación del contrato no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, incluyéndose entre ellas las que igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato. Se suprime, así, la posibilidad de rescindir el contrato cuando una modificación supere el 20 por 100 del presupuesto de las obras o del precio primitivo del contrato.

³³ El TRLCSP fue publicado en el Boletín Oficial del Estado número 276, de fecha 16 de noviembre de 2011.

Los referidos cambios normativos tienen por objeto adecuar el régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales regulado en la anterior LCSP a las prácticas recomendadas por la Unión Europea contenidas en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

Dicha adaptación se debe a las reiteradas llamadas de atención de las que ha sido objeto el Reino de España por no adaptar su normativa a las disposiciones comunitarias. Y es que, como es sabido, a pesar de que la LCSP se aprobó con posterioridad a la referida directiva, sus prescripciones en materia de modificaciones contractuales no fueron consideradas suficientes por la Comisión Europea, puesto que seguían sin cumplir las exigencias comunitarias.

Ello conllevó que, tras dos requerimientos formales, en el año 2009 se formulara una denuncia contra el Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la supuesta violación del Derecho comunitario³⁴.

En palabras de BLANCA LOZANO³⁵, Catedrática de Derecho administrativo de la Universidad del País Vasco, con los cambios que la LES introdujo en la LCSP:

«Se limita, de esta forma, la discrecionalidad de la Administración para la modificación del contrato y, como contrapartida, se amplía la posibilidad de que declare la resolución contractual a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos cuando no sea posible proceder a su resolución.»

Teniendo en cuenta los cambios introducidos, a continuación se analiza con mayor profundidad el régimen jurídico aplicable a las modificaciones contractuales tras la reforma operada por la LES y, en concreto, los requisitos que deben concurrir en la actualidad para que la modificación sea viable jurídicamente de conformidad con la regulación prevista en el TRLCSP.

4.2. Normativa aplicable y requisitos que han de concurrir de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para que la modificación de un contrato sea jurídicamente viable

Como ha sido apuntado anteriormente, la reforma más importante de la LCSP que introdujo la LES y que ha sido recogida en el TRLCSP es la relativa al régimen de modificaciones contractuales, teniendo como objeto la restricción de las posibilidades de modificación de los contratos del sector

³⁴ MELLADO RUIZ, L.: «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible». *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 99, julio 2010.

³⁵ LOZANO, B.: «Limitación del *ius variandi* y otras modificaciones de la Ley de Contratos del Sector Público». *Revista La Ley*, 20 de abril de 2011.

público y, especialmente, del *ius variandi* del que la Administración venía haciendo uso hasta la actualidad en esta materia.

Para ello, la LES incorporó, mediante su disposición adicional decimosexta, un nuevo Título en la LCSP (Título V, en el Libro I), denominado «Modificación de los contratos», a la vez que dio una nueva redacción al artículo 202 de la LCSP, relativo a la «Potestad de modificación de los contratos», al que se ha venido haciendo referencia a lo largo del presente estudio.

Concretamente, tras la modificación introducida por la LES, el artículo 202 de la LCSP ³⁶ actualmente equivalente al artículo 219 del TRLCSP, ha pasado a disponer literalmente que:

- «1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el Título V del Libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156».

Pues bien, de acuerdo con lo previsto en el citado Título V del Libro I del TRLCSP, se distingue claramente entre dos tipos de modificaciones contractuales: (i) las previstas en la documentación del contrato, incluidos los pliegos y el anuncio de licitación, y (ii) las no previstas en dicha documentación ³⁷.

En concreto, el artículo 105 del TRLCSP dispone que:

- «1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

³⁶ Debe indicarse que las normas sobre modificación de los contratos se aplican a todos los contratos del sector público, incluidos los de carácter privado. Así se desprende de lo previsto en el artículo 20.2 de la LCSP, el cual, tras las modificaciones introducidas por la LES, dispone que «serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I sobre modificación de los contratos».

³⁷ De este modo se solucionan los problemas de interpretación derivados de la anterior redacción del artículo 202 de la LCSP.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171 b) y 174 b).»

En cuanto a las dos tipologías de modificaciones, la LCSP dispone lo siguiente:

(i) Modificaciones previstas en la documentación del contrato

Deberá estarse a lo dispuesto en el nuevo artículo 106 del TRLCSP, en el que se prevé que:

«Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.»

De acuerdo con dicho precepto, las modificaciones previstas en la documentación del contrato serán posibles siempre y cuando (i) se detallen de forma clara, precisa e inequívoca sus condiciones, alcances y límites, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y (ii) se definan con total concreción los supuestos en que podrá modificarse, por referencia a circunstancias cuya concurrencia puede verificarse de forma objetiva³⁸.

(ii) Modificaciones no previstas en la documentación del contrato

Este tipo de modificaciones se sujetan a lo previsto en el nuevo artículo 107 del TRLCSP, el cual tiene por principal objeto reducir el alto grado de indeterminación que existía en la redacción del artículo 202 de la LCSP. En concreto, dicho precepto dispone que:

³⁸ La introducción de este precepto ha supuesto la consecuente modificación de la regulación prevista en el derogado artículo 76 de la LCSP, relativo al «cálculo del valor estimado de los contratos», disponiéndose literalmente en el mismo que «a todos los efectos previstos en esta ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Valor Añadido, (...)».

«1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
- b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.
- c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.
- d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.
- e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

- a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

- e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.»

Como se puede observar, las modificaciones no previstas en la documentación del contrato únicamente podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las causas tasadas en el apartado 1 del artículo 107 del TRLCSP, limitándose, de este modo, el importante grado de indefinición que se desprendía de la anterior redacción del artículo 202 de la LCSP en el que, como ha sido analizado anteriormente, solo hacía referencia a «razones de interés público para atender a causas imprevistas»³⁹.

Como contrapartida se dispone que las modificaciones no previstas en la documentación del contrato no pueden alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, precisándose con detalle qué modificaciones se considera que pueden alterar las condiciones esenciales del contrato.

De entre las modificaciones que alteran las condiciones esenciales del contrato detalladas en el apartado 3 del artículo 107 destacan, al entender de este autor, aquellas que igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato, pues hasta la fecha no existía dicho límite.

Por último, en relación al procedimiento a seguir para efectuar las modificaciones contractuales, el artículo 108 del TRLCSP dispone que:

- «1. En el caso previsto en el artículo 106 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.
2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.
3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 211 para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos.»

³⁹ Esta previsión pretende reducir el grado de discrecionalidad con el que, hasta el momento, podía actuar la Administración. Sin embargo, es importante indicar que la regulación introducida por la LES y recogida en el TRLCSP incrementa el grado de discrecionalidad de la Administración para resolver el contrato por razones de interés público. Concretamente, el artículo 223 g) del TRLCSP dispone que constituye una causa de resolución de un contrato «g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I».

De acuerdo con dicho precepto, en el caso de modificaciones previstas en la documentación de la licitación, deberá seguirse el procedimiento previsto en la misma. En caso contrario, si se trata de modificaciones no previstas en la documentación contractual, deberá darse audiencia al redactor del proyecto para que se pronuncie en un plazo no inferior a tres días. No obstante, en ambos casos deberá tenerse en cuenta si concurren los supuestos regulados en el artículo 211 de la LCSP.

Al respecto, es importante tener en cuenta que la LES modifica el apartado 3 del artículo 195 de la LCSP, equivalente al actual artículo 211 del TRLCSP, el cual ha pasado a tener el siguiente tenor literal:

«3. No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva en los casos de:

- a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.
- b) Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por 100 del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6.000.000 de euros.»

De acuerdo con el nuevo artículo 211 del TRLCSP, se reduce la cuantía de la modificación del precio primitivo del contrato a partir de la cual se exige el dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma a un 10 por 100 (en vez de un 20%) del precio originario del contrato. Así pues, debe entenderse que las modificaciones que superen dicho porcentaje constituyen una alteración de las condiciones esenciales del contrato y, por lo tanto, deberá procederse a una nueva licitación.

5. CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis jurídico realizado en base a la normativa aplicable, la jurisprudencia de nuestros tribunales y la doctrina, debe concluirse lo siguiente:

PRIMERA. En relación a las modificaciones de contratos de prestación del servicio de recogida de residuos iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LES

De acuerdo con el régimen jurídico previsto en la LCSP (anterior a la reforma introducida por la LES) y en concreto su artículo 202 en relación con el artículo 195, el ejercicio del *ius variandi* de la Administración para aprobar modificaciones contractuales sin llevar a cabo una nueva licitación era posible siempre y cuando:

- (i) Existieran razones de interés público que justificaran la modificación para atender a causas imprevistas sin que se vulneraran los principios básicos de cualquier licitación.

De conformidad con el análisis jurisprudencial y doctrinal realizado, se consideraban causas de interés público que podían justificar una modificación contractual, entre otras, las siguientes: (i) tratar de evitar la acumulación de residuos en la vía pública; (ii) la necesidad de mantener en condiciones adecuadas de limpieza el núcleo urbano, proponiéndose el incremento de la frecuencia en la prestación de un servicio para mejorar su calidad; (iii) la voluntad de ampliar los servicios de limpieza para dar mayor cobertura a la totalidad de sectores de un determinado municipio; (iv) el incremento de población de un determinado término municipal siempre y cuando, en la fecha de formalización del contrato, fuera difícil de prever; (v) la evolución de la ciudad y el modelo de la misma; (vi) los cambios en las conductas sociales de los ciudadanos siempre y cuando no fueran prácticas sociales existentes en la fecha de formalización del contrato; y (vii) motivos de transparencia y racionalidad administrativa que, en determinados supuestos, recomendaban la integración en un solo contrato el conjunto de prestaciones, originarias y extraordinarias (por ejemplo, limpieza de playas, ferias, etc.) vinculadas al mismo.

- (ii) Se mantuviera el equilibrio económico-financiero del contrato.
- (iii) No se modificaran elementos sustanciales del contrato, de tal manera que las modificaciones pudieran integrarse en el proyecto inicial y sin que estas constituyeran prestaciones susceptibles de ser independientes o dirigidas a satisfacer nuevas finalidades no contempladas en el primer expediente de contratación.

De acuerdo con el análisis jurisprudencial y doctrinal expuesto a lo largo del estudio, podía considerarse que se modificaban las condiciones esenciales del contrato: (i) cuando se producía la alteración de condiciones del contrato que de haber figurado en el anuncio de la licitación hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente (por ejemplo, en relación al objeto del contrato, su precio, etc.), o (ii) las que supusieran una alteración de la naturaleza de la prestación que constituía el objeto del contrato.

Por ello, en los expedientes de modificación contractual iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LES es conveniente analizar si el conjunto de sucesivas modificaciones aprobadas en el tiempo configuran un nuevo y diferente contrato del inicialmente adjudicado.

- (iv) En los casos en que las modificaciones del contrato originario propuestas conllevaran, aisladamente o de forma conjunta, un incremento del 20 por 100 del precio primitivo del mismo y que este fuera igual o superior a 6.000.000 de euros, se solicitará, de forma preceptiva, la emisión de un informe al Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma que correspondiera.

Es importante indicar que, si bien los órganos consultivos no mantienen un criterio unánime al respecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo se entiende que no será necesario solicitar la preceptiva emisión del dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la correspondiente comunidad autónoma en los casos en los que el precio originario del contrato no sea superior a 6.000.000 de euros, con independencia de que la modificación propuesta suponga un incremento del 20 por 100 del precio inicialmente previsto.

SEGUNDA. En relación a las modificaciones de contratos de prestación del servicio de recogida de residuos iniciadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LES

De acuerdo con el régimen jurídico previsto en el TRLCSP y, en concreto, el nuevo Título V del Libro I, así como en el artículo 219 de dicha norma, las modificaciones introducidas por la LES reducen notablemente el *ius variandi* de la Administración para aprobar modificaciones contractuales y su nivel de discrecionalidad.

En concreto, el TRLCSP:

- (i) Limita la posibilidad de hacer modificaciones en los contratos a las expresamente previstas en la documentación que rige el contrato (art. 106 TRLCSP) o bien, para las no previstas, cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las causas tasadas y definidas en el artículo 107 del TRLCSP.
- (ii) Las modificaciones no previstas en la documentación del contrato no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, incluyéndose entre ellas las que iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato, suprimiéndose, así, la posibilidad de rescindir el contrato cuando una modificación supere el 20 por 100 del presupuesto de las obras o del precio primitivo del contrato.
- (iii) Las modificaciones contractuales deberán llevarse a cabo de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 108 del TRLCSP, el cual, a su vez, se remite a lo dispuesto en el artículo 211 del mismo texto normativo.

En relación a los supuestos en los que, según lo previsto en el artículo 211.3 del TRLCSP, es obligatorio solicitar el dictamen del Consejo de Estado o del correspondiente órgano consultivo de la respectiva comunidad autónoma, deviene importante indicar que se ha reducido la cuantía de la modificación del precio primitivo del contrato a partir de la cual se exigirá la emisión del mismo. Así pues, únicamente cuando las modificaciones superen el 10 por 100 del precio primitivo del contrato (y no el 20% como disponía el artículo 195 de la LCSP anterior a la entrada en vigor de la LES) será preceptiva la emisión del referido dictamen.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Normativa

6.1.1. Normativa en materia de contratación administrativa

- Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.
- Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- Real Decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

6.1.2. Normativa en materia de residuos

- Directiva 75/442/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos.
- Directiva 94/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, relativa a los envases y residuos de envases.
- Directiva 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos.
- Directiva 1999/31/CE, de 26 de abril, relativa al vertido de residuos.
- Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos.
- Real Decreto 1163/1986, de 13 de julio, por el que se modificó la Ley 42/1975.
- Ley 11/1997, de 24 de abril, por la que se regulan los envases y los residuos de envases.
- Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos.
- Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos.

6.1.3. Otra normativa

- Constitución Española.
- Código Civil.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales.
- Ley 7/1985, de 3 de abril, de Bases del Régimen Local.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

6.2. Jurisprudencia y dictámenes emitidos por órganos consultivos

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 29 de abril de 2004, caso *Succhi di Fruta* (Asunto C-469/99 P).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 19 de junio de 2008, caso *Pressetext Nachrichtenagentur* (Asunto C-454/06).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 13 de abril de 2010, caso *Wall AG contra el municipi de Fráncfort del Meno* (Asunto C-91/08).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de junio de 1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de mayo de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de febrero de 2008.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 15 de mayo de 2009.

- Dictamen del Consejo de Estado número 44793, de 2 de diciembre de 1982.
- Dictamen del Consejo de Estado número 42179, de 10 de mayo de 1991.
- Dictamen del Consejo de Estado de fecha 21 de junio de 2001.
- Dictamen del Consejo de Estado número 2383/03, de 24 de julio.
- Dictamen del Consejo de Estado número 3357/03, de 20 de noviembre.
- Dictamen del Consejo de Estado número 482/04, de 9 de diciembre.
- Dictamen del Consejo de Estado de fecha 1 de marzo de 2007.
- Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña número 329/06, de 19 de octubre.
- Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña número 176/98, de 14 de mayo.
- Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña número 77/07, de 15 de marzo.
- Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña número 225/07, de 20 de septiembre.
- Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña número 272/07, de 29 de noviembre.
- Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña número 67/09, de 12 de marzo.
- Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña número 292/09, de 17 de septiembre.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa número 28/95, de 24 de octubre.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa número 57/00, de 5 de marzo.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa número 5/2010, de 23 de julio.

6.3. Doctrina

CEPEDA MORRÁS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C.: *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Págs. 720.

GARCÍA DE LA MATA, J.E. y PIPAÓN PULIDO, J.G.: «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público». *Diario La Ley*, núm. 6983, Sección doctrina, 7 de julio de 2008, año XXIX, Referencia. D-211. Editorial La Ley.

LOZANO, B.: «Limitación del *ius variandi* y otras modificaciones de la Ley de Contratos del Sector Público». *Revista La Ley*, 20 de abril de 2011.

MELLADO RUIZ, L.: «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible». *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 99, julio 2010.

RODRÍGUEZ DE RIVERA DOMINGO, C.: *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial Bosch, Barcelona, 2009, págs. 1.826 y ss.